

RECHTSGUTACHTEN

zur

**Verfassungsmäßigkeit
weiterer Auskunfts- und Meldepflichten der
Kreditinstitute im
Kapitalertragsteuerabzugsverfahren unter
Verschärfung ihrer Haftung
im Regierungsentwurf des
Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetzes**

erstattet

für

die Verbände der Deutschen Kreditwirtschaft

Bundesverband deutscher Banken e.V., Berlin
Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e.V., Berlin
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e.V., Berlin
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V., Berlin

von

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen

Ordinarius für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht und
Öffentliches Recht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

im April 2021

Inhaltsübersicht

A. Gutachtenauftrag und -aufbau

B. Rechtsgutachterliche Würdigung

I. Verfassungsmäßigkeit des Kapitalertragsteuerabzugs durch die Kreditinstitute

1. Verbreitetes Urteil der bisherigen Verfassungsmäßigkeit
2. Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer

II. Geplante Reform durch das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz

1. Regelungsziele des Reformgesetzgebers
2. Erweiterung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Steuerabzug
3. Absenkung der Haftungsvoraussetzungen bei der Kapitalertragsteuer

III. Verfassungsrechtliche Grenzen der Indienstnahme von Kreditinstituten für den Steuervollzug

1. Zulässigkeit und Grenzen der Privatisierung der Finanzverwaltung (Art. 108 GG)
2. Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Eigentümerfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)
3. Schutz vor ungleichen Steuervollzugslasten (Art. 3 Abs. 1 GG)
4. Verhältnismäßigkeitsgebot für haftungsbewehrte Steuervollzugslasten Dritter
 - a) Verschärfte Verhältnismäßigkeitsanforderungen bei der Indienstnahme Dritter
 - b) Legitimität des Regelungsanliegens des AbzStEntModG

IV. Grenzen der Intensivierung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Kapitalertragsteuervollzug

1. Grundlegende Unterschiede gegenüber der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer
2. Private Ermittlungsaufgabe ohne Eingriffsbefugnisse?
3. Sphärenverantwortung im Dreiecksverhältnis der Indienstnahme
4. Erfüllbare und zumutbare Angaben aus der Informationssphäre der Kreditinstitute

V. Voraussetzungen der Haftungsinanspruchnahme der Kreditinstitute bei unrichtigen Steuerbescheinigungen

1. Korrelation von Handlungspflicht, Kostenlast und Haftungsrisiko
2. Verfassungswidrigkeit einer Garantiehftung ohne Exkulpationsmöglichkeit
 - a) Garantiehftung für Fremdverhalten als Verstoß gegen das Übermaßverbot

- b) Gleichheitsverstoß im Vergleich zu anderen steuerrechtlichen Haftungsregelungen
 - c) Folgewidrige Haftungsregelung bei der Indienstnahme für den Kapitalertragsteuervollzug
 - d) Untauglicher Verweis auf Regressmöglichkeiten des Indienstgenommenen
 - e) Folgenbewertung einer exkulpationslosen Haftung
3. Gespaltenes Haftungsregime bei Inlands- und Auslandsfällen?
 4. Unzureichender Verweis auf das finanzbehördliche Haftungsermessen

C. Wesentliche Ergebnisse des Rechtsgutachtens

A. Gutachtenauftrag und -aufbau

Die in der Deutschen Kreditwirtschaft zusammengeschlossenen Verbände (Bundesverband deutscher Banken e.V., Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V., Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands und der Deutsche Sparkassen- und Giroverband) haben mich beauftragt, die Verfassungsmäßigkeit der Reformpläne der Bundesregierung im Entwurf zum Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (AbzStEntModG)¹ zu würdigen. Bereits der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom 19. November 2020² ist in Stellungnahmen verschiedener Verbände auf Kritik gestoßen³. Der Regierungsentwurf vom Januar 2021 hat inzwischen auch literarische Kritik provoziert, die auch Zweifel an der Verfassungskonformität aufwirft⁴. Diesen soll in diesem Rechtsgutachten vertieft nachgegangen werden. In dessen Zentrum steht neben der Erweiterung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Steuerabzug durch § 45b EStG-E die Absenkung der Haftungsvoraussetzungen für fehlerhafte Angaben in Kapitalertragsteuerbescheinigungen und elektronischen Datenmeldungen ohne Exkulpationsmöglichkeit nach § 45a Abs. 7 EStG-E.

Diesen beiden Verfassungsfragen ist wie folgt nachzugehen: Ausgangspunkt sind die Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit des geltenden Kapitalertragsteuerabzugs durch die Kreditinstitute anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur (I.). Auf dieser Grundlage werden die Regelungsziele und die Ausgestaltung der geplanten Reform durch das AbzStEntModG zu den beiden Kernpunkten der Erweiterung der Informationspflichten der Kreditinstitute und der Absenkung der Haftungsvoraussetzungen bei der Kapitalertragsteuer dargestellt (II.). Sodann werden die verfassungsrechtlichen Grenzen der Indienstnahme von Kreditinstituten für den Steuerabzug anhand der Vorgaben der Finanzverfassung und der einschlägigen Grundrechte aufgezeigt (III.). Daraus werden zur

¹ Abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2020-11-20-AbzStEntModG/0-Gesetz.html (im Folgenden zitiert als RegE).

² Abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2020-11-20-AbzStEntModG/1-Referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (im Folgenden zitiert als RefE).

³ Abrufbar s. Fn. 2 unter „Stellungnahmen zum Referentenentwurf“.

⁴ *Altvater*, Steuerbescheinigung ohne Steuerabzug? – Ein Beitrag zum aktuellen steuerlichen Gefährdungspotential von Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag, DStR 2021, 261; *Beckert/Schober*, Änderungen beim Kapitalertragsteuerabzug – ein verspätet richtiger Schritt?, RdF 2021, 49; *Hoffmann/Watzlaw*, Die §§ 45a, 45b und 45c EStG-E im Regierungsentwurf eines Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetzes (AbzStEntModG), DStR 2021, 633; *Schuwowski*, Das neue Verfahren zur Behandlung des Kapitalertragsteuerabzugs nach dem Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz und die Abkehr vom OECD Model „TRACE“ in Deutschland, FR 2021, 204.

Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots Grenzen der Intensivierung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Steuerabzug (IV.) sowie die Voraussetzungen der Haftungsinanspruchnahme der Kreditinstitute bei fehlerhaften Steuerbescheinigungen beim Steuerabzug dargestellt (V.).

B. Rechtsgutachterliche Würdigung

I. Ausgangslage: Verfassungsmäßigkeit des Kapitalertragsteuerabzugs durch die Kreditinstitute

1. Verbreitetes Urteil der bisherigen Verfassungsmäßigkeit und Kritik

Die Kapitalertragsteuer ist eine besondere Erhebungsform der Einkommensteuer auf Kapitalerträge⁵. Der Kapitalertragsteuer kommt – wie jeder Quellensteuer – eine Kontroll- und Sicherungsfunktion im Hinblick auf die Erhebung der Einkommensteuer zu⁶. Der Schuldner der Kapitalerträge bzw. die die Kapitalerträge auszahlende Stelle ist kraft Gesetzes (§ 44 Abs. 1 EStG) verpflichtet, die Steuer für Rechnung des Steuerschuldners zu entrichten (Steuerentrichtungspflichtiger, § 43 Satz 2 AO)⁷. § 43 EStG baut für den Vollzug der Kapitalertragsteuer auf einem Dreipersonenverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge und dem Staat auf⁸. Die Banken werden anstelle der regulären Erhebung (§ 36 EStG) durch Eigenzahlung des Steuerpflichtigen⁹ zum fremdnützigen Pflichtenträger beim Kapitalertragsteuerabzug erklärt¹⁰. Die Pflicht der Kreditinstitute, die Kapitalertragsteuer einzubehalten gehört – neben dem Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber¹¹ – zu den traditionellen Steuerentrichtungspflichten¹². Zum Pflichtenkreis gehört die Anmeldung, Einbehaltung, Entrichtung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer, wobei im Steuerabzugsverfahren der Kapitalertragsteuer zahlreiche Bescheinigungen mit unterschiedlichem Inhalt für verschiedene Zwecke zu erstellen sind¹³. Die Kreditinstitute

⁵ Geurts, in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 8.

⁶ Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 43 EStG Rz. A 3 (März 2010); Quilitzsch, in Kanzler/Kraft/Bäumel u.a., EStG, 6. Aufl. 2021, § 43 Rz. 2.

⁷ Driën, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 43 AO Rz. 7 (Febr. 2021); Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 43 EStG Rz. A 6, 85a (März 2010).

⁸ Jachmann-Michel, in Blümich, § 43 EStG Rz. 4 (Juli 2020).

⁹ Driën, Inanspruchnahme Dritter für den Steuervollzug, DStJG 31 (2008), S. 167 (177 f.).

¹⁰ In manchen Kommentierungen wird das Dreipersonenverhältnis und die Person des Pflichtenträgers nicht angesprochen, sondern nur mit den einzelnen Kapitalerträgen der sachliche Pflichteninhalt erläutert (z.B. Levedag, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 43 Rz. 1 ff.; Knaupp, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 43 Rz. 1 ff.).

¹¹ Näher zu den Pflichten beim Steuervollzug Geißler, Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaats, 2001, S. 184 ff.

¹² Zur Entwicklung der Kapitalertragsteuer seit Einführung durch das EStG 1925 näher Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 43 EStG Rz. A 42 ff. (März 2010).

¹³ Liste bei Jachmann-Michel, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2020, S. 73.

werden durch die Erfüllung ihrer Pflichten beim Kapitalertragsteuerabzug neben ihrer eigenen Steuerzahlung belastet¹⁴. Immer wieder wird es als bedenklich erachtet, Privaten neben den Pflichten für den Steuervollzug anderer Steuerpflichtiger auch die Kostenlast hierfür aufzubürden¹⁵. Verbreitet ist ein Kostenausgleich gefordert und z.T. auch verfassungsrechtlich hergeleitet worden¹⁶. In Fällen kostenloser Indienstnahme Privater wird z.T. eine entschädigungs- bzw. ausgleichspflichtige Berufsausübungsregelung angenommen¹⁷. Gerade die Pflichten der Banken¹⁸ im Quellenabzugsverfahren werden in der Literatur als kompensationspflichtige Sonderlast angesehen¹⁹.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Pflicht der Kreditinstitute indes früh als verfassungsrechtlich zulässig eingestuft (s. I. 2.). Das geltende Kapitalertragsteuerabzugsverfahren gilt verbreitet als verfassungsgemäß²⁰ und auch gegen die Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften sollen keine Bedenken bestehen²¹. Nur vereinzelt wird Kritik²² an der „umfangreiche[n] unentgeltliche[n] Indienstnahme der Kreditinstitute zum Steuerabzug im Rahmen der Abgeltungsteuer“ geäußert²³.

¹⁴ *Breithecker/Garden/Thönnies*, Steuerbelastung jenseits der Steuerbelastung, DStR 2007, 361 (362 f.); *Eichfelder*, Steuerliche Bürokratiekosten, StuW 2011, 38 (43); speziell zu Kreditinstituten im Rahmen der Kapitalbesteuerung *Heiden*, Banken als Erfüllungsgehilfen staatlicher Politik, 2013, S. 189 ff., 203.

¹⁵ Zuletzt *Seiler*, Indienstnahme Privater im Besteuerungsverfahren, in *Drüen/Hey/Mellinghoff* (Hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Festschrift Bundesfinanzhof, 2018, 1761 (1770 f.) m.w.N

¹⁶ Allgemein für ein verfassungsrechtliches Gebot des Kostenersatzes *Burgi*, Finanzieller Ausgleich für Bürokratielasten – ein Verfassungsgebot!, GewArch. 1999, 399 m.w.N.; *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 143 ff.; speziell zum Lohnsteuerabzug *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 187; *Ellers*, Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinbehalt, 2010, S. 68 f.; *Meyer*, Die Rolle des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, DStJG 40 (2017), 177 (220); a.A. *Sauer*, Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten, 2010, S. 165 ff., 173.

¹⁷ *H. P. Schneider*, Berufsfreiheit, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2013, § 113 Rz. 39; dazu *Drüen*, DStJG 31 (2008), S. 167 (198); zur Kompensation deutlich *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 364: „Das gesetzgeberische Auswahlermessen verengt sich ... praktisch aufgrund regelungsimmanenter Zwänge in Richtung auf eine verfassungsrechtlich fundierte Pflicht, den Eingriff durch finanzielle Ausgleichsansprüche abzufedern“.

¹⁸ Zu weiteren Pflichten *Hoffmann*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Inpflichtnahme Privater am Beispiel der entschädigungslosen Inanspruchnahme der Kreditinstitute für das Kontenabrufverfahren (§ 24c KWG, §§ 93, 93b AO), WM 2010, 193.

¹⁹ So *Hey*, Steuern verwalten durch Banken, FR 1998, 497 (507 f.).

²⁰ *Haug*, in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 43 EStG Anm. 3 (Dez. 2020).

²¹ Zu § 44 EStG explizit *Hartrott*, in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 44 EStG Anm. 3 (April 2018); ebenso *Dißbars*, in *Lademann*, EStG, § 44 Rz. 2 (März 2020).

²² Namentlich *Geurts*, Private als Erfüllungsgehilfen des Staates am Beispiel des Freistellungsauftrages, DB 1997, 1997; zuletzt *Geurts*, in *Bordewin/Brandt*, EStG § 44 EStG Rz. 7 (April 2020).

²³ *Hörner*, in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, Vor § 43 Anm. 10a (Aug. 2019).

2. Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer und Konsequenzen

Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Beurteilung einer Indienstnahme Privater ist der Beschluss des Ersten Senats zur Pflicht der Kreditinstitute, die Kuponsteuer einzubehalten und abzuführen²⁴. Mit einer Verfassungsbeschwerde rügte eine Bank die Pflicht zur Vornahme des Steuerabzuges auf Kapitalerträge explizit als „unzumutbare Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben“²⁵. Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Beschluss noch untechnisch von einer „Inanspruchnahme“ „bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben“²⁶ und misst sie wegen der Entwicklungsgeschichte nicht am Verbot der Zwangsarbeit des Art. 12 Abs. 2 GG²⁷. Es versteht die Pflicht als Regelung der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Auch wenn die berufliche Betätigung nicht unmittelbar Regelungsobjekt der steuerrechtlichen Vorschriften sei, berührten diese den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsraum, soweit sie mit der Ausübung eines Berufs eine „zusätzliche, außerhalb der eigentlichen Berufsausübung liegende Tätigkeit“ verknüpften und die geforderte Tätigkeit im „inneren Zusammenhang mit dem Beruf“ stehe und „Rückwirkungen auf die Berufsausübung“ habe²⁸. Da die Banken für den Steuerschuldner die Kapitalerträge einziehen, liege es noch in der Sphäre ihrer Berufsausübung, einen Teil dieser Erträge als Kapitalertragsteuer einbehalten zu müssen. Für die daraus resultierende Beeinträchtigung der Rentabilität des Effektengeschäftes nahm das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf die Stufenlehre des Apothekenurteils²⁹ vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zur Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung an, die es im Aufhalten des wirtschafts- und währungspolitisch unerwünschten Kapitalimports sah³⁰. Die Zielsetzung der Kuponsteuer mit dem Steuerabzug bei Gläubigern von Kapitalerträgen, die weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, war nicht steuerrechtlich motiviert.

Das Bundesverfassungsgericht erachtete die zusätzliche Belastung der Kreditinstitute weder als unangemessen noch als unzumutbar, vielmehr sei die Inanspruchnahme erträglich, zumal sie sich an die übliche Banktätigkeit anlehne. Zur Vereinfachung des Steuerabzuges hätte die Finanzverwaltung eine Verfahrensregelung erlassen, deren Handhabung keine besonderen

²⁴ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380.

²⁵ Vgl. den Entscheidungssachverhalt von BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (381).

²⁶ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (383).

²⁷ Dafür aber wieder *F. Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 311 f., 388 f.; *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 145 ff., 157 ff.

²⁸ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (383 f.).

²⁹ BVerfG, Urteil v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (405).

³⁰ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (384 f.).

steuerrechtlichen Kenntnisse voraussetze, so dass sich die Anforderungen noch im Rahmen des von den Kreditinstituten gepflegten Effektengeschäftes hielten. Anhand der Depotunterlagen könne die Bank „ohne besondere Schwierigkeiten“ die Voraussetzungen der Kapitalertragsteuerpflicht feststellen, ohne dass ihr „eine darüber hinausreichende Ermittlungspflicht“ obliege³¹.

Weiterhin sah das Bundesverfassungsgericht auch Art. 14 GG durch die Pflicht zur unentgeltlichen Dienstleistung nicht als verletzt an. Es ließ dahinstehen, ob eine zulässige Berufsausübungsregelung überhaupt den Schutzbereich des Art. 14 GG berührt. Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes hindere den Gesetzgeber nicht, die sachlichen, personellen und finanziellen Mittel privatwirtschaftlicher Unternehmer „in dem hier bestehenden Umfang in den Dienst einer auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu bewältigenden Aufgabe zu stellen“. Die Durchführung des Steuerabzuges belaste die Kreditinstitute „nicht mit einer schlechthin unternehmensfremden Tätigkeit“, binde nur einzelne Betriebsmittel, die für die Betriebsführung nicht von ausschlaggebendem Gewicht seien und beeinflusse ihren gewerblichen Gesamtgewinn nicht in maßgeblicher Weise. Eine derartig begrenzte Inanspruchnahme privater Unternehmen im öffentlichen Interesse, die „allenfalls zu einer geringfügigen Minderung ihrer Rentabilität“ führe, sei jedenfalls eine zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG³².

Diese Grundlagenentscheidung wird bis heute als Beleg für die Verfassungsmäßigkeit Indienstnahmen Privater für den Steuervollzug³³ des Steuerabzuges auf Kapitalerträge angeführt³⁴. Andererseits wird der Rechtsprechung vorgeworfen, an dieser Entscheidung auch im Folgenden festgehalten zu haben, ohne sich mit den Grenzen einer Inpflichtnahme Dritter auseinanderzusetzen³⁵. Dabei fehlt sowohl dem Gesetzgeber als auch der Rechtsprechung das Bewusstsein für die Grenzen der Indienstnahme Privater bei der Auferlegung von Steuerentrichtungs- und Mitteilungspflichten³⁶. Der Gesetzgeber scheint die Rechtsprechung gerade im Steuerrecht als Einladung zu verstehen, Privaten neue Pflichten per Gesetz zuzuweisen oder bestehende auszuweiten. Bereits vor gut zehn Jahren wurde angemerkt, dass

³¹ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (385 f.).

³² BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (386 f.).

³³ Jüngst zur Rentenbezugsmitteilung nach § 22a EStG BFH, Urteil v. 20.2.2019 – X R 28/17, BStBl. II 2019, 430 – Rz. 49.

³⁴ Zuletzt *Haug*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 43 EStG Anm. 3 (Dez. 2020).

³⁵ *Geurts*, in Bordewin/Brandt, EStG § 44 EStG Rz. 7 (April 2020).

³⁶ Zutreffend *Hey*, Mitteilungspflichten oder Quellenabzug – Maßnahmen zur Sicherung von Steueransprüchen, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (286).

angesichts der Ausweitung von Pflichten der Kreditinstitute und den damit verbundenen Verwaltungskosten „die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen neuer Inpflichtnahme immer drängender (wird)³⁷. Dem ist zuzustimmen³⁸. Durch das aktuelle Reformvorhaben hat sie an Aktualität gewonnen.

II. Geplante Reform durch das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz

1. Regelungsziele des Reformgesetzgebers

Das AbzStEntModG soll ein Schritt zur Verbesserung des Kapitalertragsteuer-Entlastungsverfahrens und zur Verhinderung damit zusammenhängenden Missbrauchs und Steuerhinterziehung sein. Mit dem aktuell im Stadium des Regierungsentwurfs befindlichen Gesetzes plant der Gesetzgeber für das Kapitalertragsteuerverfahren insbesondere:

- die Digitalisierung des Entlastungsverfahrens beim BZSt für Antrag, Steuerbescheinigung und Bescheid,
- den Aufbau einer Kapitalertragsteuer-Datenbank mit umfassenden Steuerbescheinigungs- und weiteren Daten und
- die Haftungsverschärfung für die Aussteller von Kapitalertragsteuer-Bescheinigungen³⁹.

In der Regierungsbegründung heißt es allgemein⁴⁰:

„Zur Verhinderung von Betrug insbesondere bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer sind zusätzliche Anstrengungen erforderlich, um insbesondere gewerbsmäßigen Betrugsmodellen wirksamer zu begegnen. Um dies zu gewährleisten, benötigt die Finanzverwaltung zusätzliche Informationen, die ihr aus öffentlichen Quellen und aus den bislang im Rahmen der Abführung von Kapitalertragsteuer zu meldenden Daten nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen.“

Zur Erreichung dieser Ziele sollen die Kreditinstitute insbesondere verpflichtet werden, die Angaben auf Kapitalertragsteuerbescheinigungen erheblich auszuweiten und die Angaben elektronisch zu melden (§ 45a Abs. 2a EStG-E⁴¹ und § 45b EStG-E; dazu II. 2.). Das besondere Interesse der Finanzverwaltung an den Daten soll mit der Verschärfung der Haftung nach § 45a

³⁷ So *Gersch*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 43 EStG Rz. A 85a, Note 131 (März 2010).

³⁸ Zur Annäherung an die Grenze der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bereits *Drüen*, Grenzen der Steuerentrichtungspflichten, FR 2004, 1134; zuletzt *ders.*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 43 AO Rz. 8 (Febr. 2021) m.w.N.; ebenso *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, § 9 Rz. 428; *Wissenschaftlicher Beirat Steuern Ernst & Young*, Der Arbeitgeber als kostenloses Hilfsorgan der Finanzverwaltung, DB 2013, 139.

³⁹ BMF v. 20.11.2020, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2020-11-20-AbzStEntModG/0-Gesetz.html.

⁴⁰ RegE, S. 1.

⁴¹ Dazu *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (52 f.); *Schurowski*, FR 2021, 204 (217).

Abs. 7 EStG-E untermauert werden, die auf die neuen Angabe- und Datenübermittlungspflichten erweitert und verschuldensunabhängig ohne Exkulpationsmöglichkeit ausgestaltet werden soll (dazu II. 3.).

2. Erweiterung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Steuerabzug

§ 45a EStG ergänzt die Regelung zur Entstehung, Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer (§ 44 EStG) durch Vorschriften zur Anmeldung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer⁴². In § 45a EStG soll nach dem Regierungsentwurf zum AbzStEntModG nach Abs. 2 folgender Abs. 2a eingefügt werden:

„(2a) Ist der Gläubiger der Kapitalerträge beschränkt steuerpflichtig, tritt in den Fällen des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und 2 Satz 4 an die Stelle der Bescheinigung nach Absatz 2 Satz 1 die Übermittlung der Angaben gemäß § 45b Absatz 5.“

Die seit 2013 bestehende Leerstelle des § 45b EStG⁴³ soll nach dem aktuellen Regierungsentwurf wie folgt ausgefüllt werden:

„§ 45b Angaben zur Bescheinigung und Abführung der Kapitalertragsteuer

[...]

(2) Bei Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und 2 Satz 4 ist die Bescheinigung nach § 45a Absatz 2 um folgende Angaben zu ergänzen:

1. die Identifikationsnummer nach § 139b der Abgabenordnung des Gläubigers der Kapitalerträge; handelt es sich bei dem Gläubiger der Kapitalerträge nicht um eine natürliche Person, so sind dessen Firma oder Name, Anschrift und WirtschaftsIdentifikationsnummer nach § 139c der Abgabenordnung oder, wenn die Wirtschafts-Identifikationsnummer noch nicht vergeben wurde, dessen Steuernummer anzugeben;
2. den Bruttobetrag der vom Gläubiger der Kapitalerträge je Wertpapiergattung und Zahlungstag erzielten Kapitalerträge unter Angabe der Bezeichnung und der Internationalen Wertpapierkennnummer des Wertpapiers;
3. den Betrag der je Wertpapiergattung und Zahlungstag einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer und den Betrag der einbehaltenen und abgeführten Zuschlagsteuern; die Ermäßigung der Kapitalertragsteuer um die auf die Kapitalerträge entfallende Kirchensteuer ist nicht zu berücksichtigen; sind die Kapitalerträge nach Maßgabe des § 43a Absatz 3 Satz 2 mit negativen Kapitalerträgen auszugleichen, sind statt der Beträge der abgeführten Steuern der Betrag der einbehaltenen und auf die Kapitalerträge entfallenden Kapitalertragsteuer vor Durchführung des Verlustausgleiches und vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrages sowie der Betrag der darauf entfallenden Zuschlagsteuern anzugeben;
4. die Höhe des jeweils angewendeten Steuersatzes;
5. die Stückzahl der Wertpapiere je Wertpapiergattung und Zahlungstag sowie davon die Stückzahl der Wertpapiere, die auf der Grundlage einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäftes übertragen wurden, verbunden mit der Angabe, ob bei Anschaffung der Aktien die Lieferung von Aktien mit oder ohne Dividendenanspruch vereinbart wurde und ob Aktien mit oder ohne Dividendenanspruch geliefert wurden;
6. zur Anschaffung der Wertpapiere oder zu ihrer Übertragung auf der Grundlage einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäftes jeweils das Datum des Handelstags, das Datum des vereinbarten Abwicklungstags und das Datum des tatsächlichen Abwicklungstags sowie die jeweilige Stückzahl;
7. zur Veräußerung der Wertpapiere oder zu ihrer Rückübertragung auf der Grundlage einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäftes, soweit die Wertpapiere innerhalb von 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge veräußert oder rückübertragen wurden, jeweils das Datum des Handelstags, das Datum des vereinbarten Abwicklungstags und das Datum des tatsächlichen Abwicklungstags sowie die jeweilige Stückzahl;

⁴² Knaupp, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 45a Rz. 1.

⁴³ Bis 2013 war in dieser Norm die Entlastung vom Steuerabzug bei Mitarbeitermodellen vorgesehen.

8. die Firma, die Rechtsform, die Anschrift und der Legal Entity Identifier der jeweils in die Verwahrkette nacheinander eingebundenen inländischen oder ausländischen Zwischenverwahrstellen der Wertpapiere sowie der Depotbank, die die Wertpapiere für den Gläubiger der Kapitalerträge unmittelbar verwahrt, unter Angabe der jeweiligen Depotnummern der durch die Zwischenverwahrstellen geführten Depots, in denen die Aktien verwahrt werden;
9. die Konto- oder Depotnummer des Gläubigers der Kapitalerträge; werden die Wertpapiere durch einen Treuhänder für den Gläubiger der Kapitalerträge verwahrt, sind die Konto- oder Depotnummer des Treuhänders sowie die Daten der Nummer 1 auch für den Treuhänder anzugeben.

[...]“

Nach der Regierungsbegründung hat die neue Regelung allgemein⁴⁴ folgende Funktion⁴⁵:

„Mit dem neuen § 45b wird insbesondere bei Kapitalerträgen aus girosammelverwahrten Aktien der Umfang der in Steuerbescheinigungen auszuweisenden Angaben erweitert. Um die Finanzverwaltung frühzeitig über die in den Steuerbescheinigungen enthaltenen Daten in Kenntnis zu setzen, sind diese nach Maßgabe des § 93c AO an das Bundeszentralamt für Steuern zu übersenden. Dem Bundeszentralamt für Steuern sind zudem durch die auszahlenden Stellen zukünftig auch Informationen zu übermitteln zu Art und Umfang der Abstandnahme vom Steuerabzug und zur Höhe der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer, wenn keine Steuerbescheinigung erteilt wurde bzw. keine Angaben nach § 45a Absatz 2a übermittelt wurden.“

Systematisch lassen sich die durch § 45b Abs. 2 EStG-E geforderten ergänzenden Angaben in „Gläubigerdaten“ (Nr. 1 und 9), „Kapitalertragsdaten“ (Nr. 2 bis 4), „Wertpapierdaten/Handelsdaten“ (Nr. 5 bis 7) und „Verwahrketten“ (Nr. 8) einteilen⁴⁶.

3. Absenkung der Haftungsvoraussetzungen bei der Kapitalertragsteuer

Die Haftung des Ausstellers fehlerhafter Bescheinigungen setzt bislang kein Verschulden voraus⁴⁷. Die verschuldensunabhängige Ausstellerhaftung nach § 45a Abs. 7 EStG⁴⁸ wird aber im geltenden Recht durch den Ausschluss der Haftung des Ausstellers nach § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG begrenzt⁴⁹. § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG lautet bisher:

- „Der Aussteller haftet nicht
1. in den Fällen des Satzes 2,
 2. wenn er die ihm nach Absatz 6 obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat.“

Die Haftung des Ausstellers der Bescheinigung entfällt danach bislang in zwei Fällen: Sie entfällt nach § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 EStG, wenn der Schuldner der Kapitalerträge im Falle des § 43a Abs. 3 EStG unrichtige Angaben zum Zwecke der Bescheinigung gemacht hat und nach § 45a Abs. 7 Satz 2 EStG selbst haftet⁵⁰. In diesem Fall ist die Ursache für den

⁴⁴ Detailbegründung zu allen Einzelregelungen im RegE, S. 48-52.

⁴⁵ RegE, S. 48.

⁴⁶ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (51 f.).

⁴⁷ *Dißbars*, in Lademann, EStG, § 45a Rz. 94 (Sept. 2015); *Hartrott*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 45a EStG Anm. 20 (Mai 2017); *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 140.

⁴⁸ *Levedag*, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 45a Rz. 4; *Geurts*, in Bordewin/Brandt, EStG, § 45a Rz. 112 (April 2020); *Jachmann-Michel*, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2020, S. 90.

⁴⁹ *Gersch*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 45a Rz. H 5 (Juli 2018).

⁵⁰ *Hamacher/Dahm*, in Korn, EStG, § 45a Rz. 29 (Sept. 2019).

Steuerschaden vorrangig beim Schuldner zu suchen⁵¹. Eine Haftung des Ausstellers nach § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 2 EStG entfällt außerdem, wenn der Aussteller trotz unrichtiger Bescheinigung seiner Verpflichtung nach § 45a Abs. 6 EStG nachgekommen ist, indem er die unrichtige Bescheinigung zurückgefordert und ggf. dem zuständigen Finanzamt eine entsprechende Meldung erstattet hat⁵². Auch in diesem Fall ist die Ursache für den Steuerschaden beseitigt⁵³.

Nach dem aktuellen Regierungsentwurf soll § 45a Abs. 7 EStG wie folgt geändert werden:

„Der Aussteller einer Bescheinigung, die den Absätzen 2 bis 5 sowie § 45b Absatz 1 bis 4 nicht entspricht, haftet für die auf Grund dessen verkürzten Steuern oder zu Unrecht gewährten Steuervorteile; dies gilt entsprechend für die die Kapitalerträge auszahlende Stelle im Hinblick auf die nach § 45b Absatz 5 zu übermittelnden Angaben. Satz 3 wird aufgehoben.“

Die Regierungsbegründung für die eingeräumte „Haftungsverschärfung“ ist für die verfassungsrechtliche Einordnung der Reformpläne auch zur Erweiterung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Steuerabzug erhellend. Sie lautet⁵⁴:

„§ 45a Absatz 7 Satz 3 – aufgehoben - Die Regelung des bisherigen Satzes 3 fällt weg. Sie eröffnete dem Aussteller einer Steuerbescheinigung bisher in zwei Fällen die Möglichkeit, die Haftungsanspruchnahme abzuwenden.

Durch den Wegfall der Nummer 1 des derzeitigen Satzes 3 tritt in den Fällen des geltenden Satzes 2 die Haftung des Ausstellers der Bescheinigung nunmehr neben die Haftung des Schuldners der Kapitalerträge. Dem Aussteller der Bescheinigung steht bei fehlerhaften Angaben des Schuldners, auf denen die unzutreffende Bescheinigung beruht, jedoch im Innenverhältnis zum Schuldner der Kapitalerträge regelmäßig ein zivilrechtlicher Regress im Rahmen des Auftragsverhältnisses zu, das in den haftungsrelevanten Fällen des Absatzes 3 mit dem Schuldner der Kapitalerträge besteht.

Die wegfallende Nummer 2 enthält derzeit noch eine Exkulpation des Ausstellers der Bescheinigung durch die Benachrichtigung des für den Empfänger der Bescheinigung zuständigen Finanzamtes oder des Bundeszentralamtes für Steuern über die erfolglose Rückforderung der Bescheinigung gemäß Absatz 6 Satz 3. Durch die Streichung dieser Regelung wird die Haftung für die Ausstellung fehlerhafter Steuerbescheinigungen verschärft, um in Anbetracht der hohen Bedeutung von Steuerbescheinigungen für die Festsetzung von Steuer- und Erstattungsansprüchen der dadurch gebotenen Sorgfalt im Prozess der Erstellung und Berichtigung von Steuerbescheinigungen Rechnung zu tragen. Die Finanzverwaltungen in Bund und Ländern haben allein bei Cum/Ex-Gestaltungen Verdachtsfälle mit einem Volumen von 5,3 Mrd. Euro aufgegriffen. Diesen Fallgestaltungen lagen Bescheinigungen über Kapitalertragsteuer in gleicher Höhe zugrunde, die gar nicht einbehalten wurde.

Die Haftungsverschärfung ist auch in den Fällen angemessen, in denen der Aussteller – wie in vielen Fällen bei beschränkt Steuerpflichtigen – für die Erstellung der Bescheinigung auf die Angaben Dritter, wie etwa ausländischer Banken im Rahmen einer Wertpapierverwahrkette, angewiesen ist. Denn der Aussteller bescheinigt abgeführte Kapitalertragsteuer auch in jenen Fällen im Rahmen eines bestehenden

⁵¹ Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 45a Rz. H 5 (Juli 2018).

⁵² Hamacher/Dahm, in Korn, EStG, § 45a Rz. 29 (Sept. 2019).

⁵³ Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 45a Rz. H 5 (Juli 2018).

⁵⁴ RegE, S. 46 f. (Hervorhebung durch den Verf.).

Kundenverhältnisses; *er kann aber am besten die Verlässlichkeit seines eigenen Vertragspartners einschätzen und die Qualität der Angaben sicherstellen, wozu er in Abwesenheit einer wirksamen Haftungsregelung jedoch keine ausreichende Motivation hat.* Überdies steht dem Aussteller auch hier regelmäßig die Möglichkeit der Vereinbarung eines Rückgriffes über einen vertraglich vereinbarten Regress gegenüber einem Vertragspartner zu, der fehlerhafte Angaben für die Ausstellung einer Steuerbescheinigung geliefert hat. Dieser Rückgriff wird in der Praxis beispielsweise durch eine Freistellungserklärung eröffnet, in der der Depotkunde den Verwahrer von jeglichen Ansprüchen freistellt, die aus fehlerhaften Angaben des Depotkunden gegen den Verwahrer geltend gemacht werden.

Derzeit ist die gesetzlich vorgesehene Haftung bei Ausstellung falscher Steuerbescheinigungen tatsächlich regelmäßig nur schwer durchsetzbar. Gleichzeitig besteht bei falschen Steuerbescheinigungen ein hohes Schadenspotential wie auch die Ermittlungen zu Cum/Ex, Cum/Cum und Cum/Fake-Gestaltungen erkennen lassen. Der Inhalt einer Steuerbescheinigung wird durch die Angaben des Ausstellers und durch die in einer Verwahrkette eingebundenen Zwischenverwahrer bestimmt. Diesen Beteiligten liegen die relevanten Informationen jeweils unmittelbar vor. Andere Beteiligte haben keinen unmittelbaren Einblick in die Verwahrstruktur, die Depotbuchhaltung und die Abwicklung von Transaktionen, die den ausgewiesenen Wertpapiererträgen und Steuerbeträgen zugrunde liegen. Um hohe Steuerschäden zu vermeiden, ist im Prozess der Ausstellung von Steuerbescheinigungen von allen Beteiligten ein hohes Maß an Sorgfalt geboten. Vor diesem Hintergrund ist auch eine verschuldensunabhängige Haftung der Aussteller falscher Steuerbescheinigungen verhältnismäßig. Der Verhinderung von massivem Steuerbetrug kommt vor dem Hintergrund der Sicherstellung der Gleichheit der Besteuerung eine hohe Bedeutung zu. Bereits in seiner zu damaligen Missständen bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften ergangenen Entscheidung vom 27. Juni 1991 hat das Bundesverfassungsgericht betont, "dass das materielle Steuergesetz in ein normatives Umfeld eingebettet sein muss, welches die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolges prinzipiell gewährleistet" (BVerfGE 84, 239, LS. 1). Das Gericht führt hierzu aus, es handele sich um „einen Missstand, der in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist" und „im übrigen wären die rechtsstaatlichen Grundlagen des Kapitalmarkts und der Gesamtwirtschaft selbst destabilisiert, wenn eine beharrliche Steuerverweigerung in der Regel hingenommen und nur in Sonderfällen mit steuerlichen und strafrechtlichen Sanktionen unterbunden würde" (BVerfGE a.a.O., S. 274). Seine Rechtsprechung gegen Steuerumgehungs- und Manipulationspraktiken hat das Gericht in neuerer Zeit eher noch verschärft, in dem es ergänzt hat, dass bei entsprechenden Regelungen die Freistellung der Miterfassung von Fällen „ohne erkennbaren Umgehungsbezug" aus Gleichheitsgründen „nicht geboten" ist, mit der rigorosen Begründung: „Art. 3 Abs. 1 GG verlangt keine derart feinen Unterscheidungen," (BVerfGE 148, 217 [254, Rdnr. 130 a.E.]). Je stärker die Umgehungs- und Manipulationsgeneigtheit, desto stärker ist auch die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers.

Ein Eingriff in Artikel 12 Absatz 1 GG kann vorliegend gerechtfertigt werden und ist insbesondere auch verhältnismäßig. Mit der Neuregelung würde ein gewichtiges Gemeinwohlinteresse verfolgt, nämlich die effektive Durchsetzung des staatlichen Besteuerungsanspruchs sowie die Verhinderung von Betrug zum Nachteil des Staates. Für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung stellt das BVerfG zudem regelmäßig auf die Verantwortungsbereiche ab (vgl. BVerfG Beschluss vom 20. März 2007, 1 BvR 1047/05, Rz. 54). In Anbetracht der typischerweise engen und etablierten Geschäftsbeziehungen, auf deren Grundlage die Verwahrung von Wertpapieren erfolgt, besteht für die Depotbanken die Möglichkeit Informationen zu verifizieren oder Haftungsvereinbarungen mit Korrespondenz-Instituten abzuschließen.“

Auf die Tragfähigkeit und die verfassungsrechtliche Überzeugungskraft dieser Gesetzesbegründung ist später im Einzelnen zurückzukommen (sub III.-V.).

III. Verfassungsrechtliche Grenzen der Indienstnahme von Kreditinstituten für den Steuervollzug

1. Zulässigkeit und Grenzen der Privatisierung der Finanzverwaltung (Art. 108 GG)

Die Finanzverfassung setzt dem Steuergesetzgeber (neben den Grundrechten) den verfassungsrechtlichen Rahmen für die Ausgestaltung des Steuerrechts. Das gilt für das materielle Steuerrecht⁵⁵ ebenso wie für den Steuervollzug⁵⁶. Aus der Steuerverwaltungshoheit (Art. 108 GG) werden z.T. verfassungsrechtliche Vorgaben für den Steuervollzug abgeleitet. Art. 108 GG weise eine staatliche Aufgabe zu und verfassungsrechtliche Zuständigkeiten seien nicht lediglich ein Angebot, sondern eine Pflicht⁵⁷. Die Verwaltung von Steuern sei nach „der grundgesetzlichen Ordnung“ eine „allein staatliche Aufgabe“⁵⁸. Daraus wird gefolgert die Steuerverwaltung sei Staatsaufgabe und müsse durch staatliche Behörden in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgen, während jede Form der Privatisierung, einschließlich einer funktionalen, ausgeschlossen sei⁵⁹. Zur funktionalen Privatisierung wird in der Privatisierungsdebatte im öffentlichen Recht aber auch die die Inanspruchnahme Privater für Steuervollzugsaufgaben (wie der Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber) gerechnet⁶⁰. Darum stellt sich die verfassungsrechtliche Frage, ob Art. 108 GG der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug entgegensteht⁶¹ und weiteren Mitwirkungspflichten entgegengehalten werden könnte.

Diese Frage ist deutlich zu verneinen⁶², weil Art. 108 GG kein solcher Privatisierungsgehalt zukommt⁶³, aus dem eine Sperrwirkung gegenüber Indienstnahmen Privater abgeleitet werden könnte⁶⁴. Der primäre Regelungsgehalt ist die Verteilung der Aufgabe der Steuerverwaltung im

⁵⁵ BVerfG, Beschluss v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 – Rz. 57 ff.

⁵⁶ Wernsmann, Die Finanzverfassung als Rahmen der Besteuerung, StuW 2018, 100.

⁵⁷ So Trzaskalik, Die Steuererhebungspflichten Privater, in: Steuerrecht und Verfassungsrecht, DStJG 12 (1989), 157 (160).

⁵⁸ So Müller-Franken, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 146.

⁵⁹ Deziert früher Schlette, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 108 Rz. 39; gl.A. Sachs/Siekmann, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 108 Rz. 7; zuletzt Heintzen, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 108 Rz. 15.

⁶⁰ Dafür Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 82, 115 f., 163, 253, 255, 257, 259.

⁶¹ Zuletzt Schurowski, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 137.

⁶² Näher bereits Drißen, DStJG 31 (2008), S. 167 (168 ff.).

⁶³ Drißen, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 234 ff., 250 m.w.N.

⁶⁴ I. Erg. ebenso Heintzen, in v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 108 Rz. 15.

föderalen Staat⁶⁵. Aus der Kompetenznorm des Art. 108 GG lässt sich angesichts spezieller Sicherungsmaßnahmen als Sekundärgehalt das Ziel des einheitlichen und gleichmäßigen Vollzuges der Steuergesetze erkennen⁶⁶, der sogar private Mitwirkungsbeiträge beim Steuervollzug fordert⁶⁷. Im steuerlichen (Veranlagungs-)Verfahren „bedarf das Deklarationsprinzip der Ergänzung durch das Verifikationsprinzip“⁶⁸. Dieses Prinzip baut nicht nur auf der Verifikation anhand eigener Daten auf, sondern fordert zugleich die Inanspruchnahme Privater zur Verifikation der Steuerdaten Dritter. Der Steuerstaat ist auf die administrative Informationsversorgung durch Private angewiesen und rechtfertigt dem Grunde nach auch fremdnützige Mitwirkungspflichten beim Steuervollzug⁶⁹.

Darum erscheint es kaum aussichtsreich, Art. 108 GG als Verfassungsbarriere gegenüber erweiterten Mitwirkungspflichten beim Steuervollzug zu aktivieren. Die staatliche Steuerverwaltungshoheit etabliert keine unüberwindbare Legitimationsschranke der Indienstnahme Privater beim Steuervollzug⁷⁰. Allerdings geht mit der fortschreitenden „Privatisierung des Steuervollzugs“ die Gefahr einher, dass die überforderte Finanzverwaltung bei Steuererhebung durch Private und privatwirtschaftliche Unternehmen ihre eigene Überforderung auf diese überwälzt⁷¹. Darum ist vor weiteren Indienstnahmen Privater das materielle Recht auf seine Vollzugstauglichkeit und -gerechtigkeit zu überprüfen (s. III. 4.).

Wenngleich Art. 108 GG weitere Indienstnahmen Privater nicht sperrt, lassen sich im Verbund mit der einfachgesetzlichen Inquisitionsmaxime der Abgabenordnung (§ 88 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 AO) gleichwohl Vorgaben für ihre Ausgestaltung ableiten. Als Verifikationsverwaltung⁷² hat die zuständige Finanzbehörde im Wege der nachvollziehenden Amtsermittlung nach § 88 AO zu verifizieren⁷³. Soweit für den Steuerpflichtigen gesetzliche Mitwirkungspflichten bestehen, wandelt sich die Pflicht der Behörde von eigenen, originären

⁶⁵ Näher *Drüen*, Verteilung der Steuerverwaltungskompetenzen im deutschen Bundesstaat, in Festschrift Siekmann, 2019, S. 509.

⁶⁶ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 249 m.w.N.

⁶⁷ *Drüen*, Kooperation im Besteuerungsverfahren, FR 2011, 101 (104 f.) m.w.N.

⁶⁸ BVerfG, Urteil v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 – Rz. 115; BVerfG, Urteil v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 – Rz. 65; ebenso *Heuermann*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Vorbemerkungen zu §§ 149–153 AO Rz. 12 (April 2014); *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vorbemerkungen zu §§ 149–153 AO Rz. 14 (April 2017).

⁶⁹ *Drüen*, DStJG 31 (2008), S. 167 (173 ff.).

⁷⁰ So auch *Schurowski*, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 139.

⁷¹ Klarsichtig *Seiler*, in Festschrift Bundesfinanzhof, 2018, 1761 (1778).

⁷² Zum Begriff *Drüen*, Die Zukunft des Steuerverfahrens, in Schön/Beck (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 1 (11); *Drüen*, FR 2011, 101 (106); *Seer*, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 21.3.

⁷³ Zum finanzbehördlichen Untersuchungsgrundsatz *Drüen*, Amtsermittlung und Risikomanagement, DStJG 42 (2019), S. 193 (195 ff.).

Ermittlungen zur „nachvollziehenden Kontrolle“⁷⁴. Nach § 88 AO muss die Letztverantwortung bei der Finanzbehörde liegen⁷⁵. Zudem beschränkt sich die Pflicht zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts (§ 90 Abs. 1 Satz 1 AO) auf die dem Beteiligten in seiner Sphäre zurechenbaren Tatsachen und Beweismittel⁷⁶. Der Beteiligte muss nur die in seinem Lebens- und Verantwortungsbereich angesiedelten Tatsachen und Beweismittel offenbaren⁷⁷. Offenbar will der Regierungsentwurf diese Grenzlinien der Sphärenverantwortung im Steuerermittlungsverfahren⁷⁸ aber verschieben⁷⁹. Die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer „Sphärenenerweiterung“ stellt sich sowohl für offenbar geplante Ermittlungspflichten außerhalb der eigenen Sphäre des Kreditinstituts (dazu IV.) wie bei der definitiv geplanten verschuldensunabhängigen Haftung für Fehlverhalten Dritter (dazu V.). Insgesamt lässt sich aus Art. 108 GG negativ zwar keine Begrenzung von Mitwirkungspflichten beim Steuervollzug ableiten, aber die staatliche Steuerverwaltungshoheit macht positive Vorgaben für die Ausgestaltung des Indienstnahmeverhältnisses Privater beim Steuervollzug⁸⁰.

2. Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Eigentümerfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)

Während die freiheitsrechtlichen Grenzen des staatlichen Steuereingriffs selbst umstritten bleiben⁸¹ und die geringe Abwehrkraft der Freiheitsrechte im Steuerrecht konstatiert wird⁸², unterliegen Steuerverfahrenspflichten unzweifelhaft dem Schutz der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG und eröffnen eine verfassungsgerichtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle (s. noch III. 4.).

Eine kategorische Trennung von „Staatsaufgaben“ und „privaten Aufgaben“ mit der Folge der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Indienstnahme für Gemeinwohlzwecke von Privaten auf deren Kosten lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Pflichten zur Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen er

⁷⁴ Näher *Kobor*, Kooperative Amtsermittlung im Verwaltungsrecht, 2009, S. 117 m.w.N.

⁷⁵ *Seer*, Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen einer Massenverwaltung, DStJG 31 (2008), S. 7 (15); *ders.*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 88 AO Rz. 1, 3 (Jan. 2017); *Krüger*, Beweiswürdigung, Beweislast und Beweismaß im Rahmen von Amtsermittlung und Mitwirkungspflicht, DStZ 2017, 760 (761).

⁷⁶ *Roser*, in Gosch, AO/FGO, § 90 AO Rz. 41 (Aug. 2017).

⁷⁷ *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 12 (Okt. 2017) m.w.N.

⁷⁸ Grundlegend *Seer*, Verständigungen in Steuerverfahren, 1996, S. 192 ff.; zuletzt *ders.*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 1, 12 (Okt. 2017) m.w.N.

⁷⁹ Vgl. RegE, S. 47.

⁸⁰ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 250, 370 ff.

⁸¹ Dazu *Jachmann-Michel/Vogel*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rz. 30; *Jachmann-Michel*, Die Freiheit vor dem Steuergesetz im Rechtsstaat, StuW 2017, 209 (210 ff.) m.w.N.

⁸² *Wollenschläger* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rz. 279 m.w.N.

Privaten im Rahmen ihrer Berufstätigkeit auferlegt⁸³. Die Pflicht der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer ist eine typische Berufsausübungsregelung, die das „Wie“ der Berufstätigkeit normiert und in die Berufsfreiheit eingreift⁸⁴. Ebenso wie Steuerpflichten tangieren auch Steuerverfahrenspflichten die Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG, wenn sie an die Ausübung beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten anknüpfen⁸⁵. Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) greift nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur im Falle eines engen Zusammenhangs mit der Berufsausübung, sofern die gesetzliche Regelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lässt⁸⁶. Das ist aber bei der Kapitalertragsteuer der Fall⁸⁷. Dabei fallen Banken unstreitig in den sachlichen Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG⁸⁸. Der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, wenn sie gleich einer natürlichen Person eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausübt⁸⁹. Eine legitimationsbedürftige Beschränkung der freien Berufsausübung liegt gerade in gesetzlichen Pflichten der Unternehmer zu Mitteilungen oder Auskünften oder zur Vorlage von Unterlagen aus der betrieblichen oder geschäftlichen Sphäre⁹⁰.

Die Indienstnahme für den Kapitalertragsteuerabzug ist sowohl an Art. 12 Abs. 1 GG als auch an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen⁹¹. Art. 14 Abs. 1 GG⁹² schützt das Recht des Entrichtungspflichtigen, über seine Betriebsmittel frei verfügen und zu seinem Nutzen einsetzen zu können. Durch den staatlichen Zugriff wird seine Dispositionsfreiheit verkürzt, soweit Betriebsmittel nicht mehr privatnützig verwendet, sondern für die Entrichtung eingesetzt werden müssen⁹³. Die Abzugspflicht ist eine wiederkehrende Pflicht, die eine Zäsur zwischen dem Erwerb (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem Erworbenen (Art. 14 Abs. 1 GG) nicht erlaubt⁹⁴. Denn die Entrichtungspflichten hindern den freien Erwerb, weil sie die Leistungen des

⁸³ BVerfG, Urteil v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260 – Rz. 301.

⁸⁴ *Wieland*, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rz. 69.

⁸⁵ Zu Steuerpflichten *Papier/Shirvani*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rz. 286 (April 2018).

⁸⁶ BVerfG, Urteil v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, BVerfGE 98, 106 (117).

⁸⁷ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 (383 f.); zuletzt für die Primärpflichten und die sekundäre Haftung bei der Kapitalertragsteuer *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 185 ff., 189 f. Demgegenüber sehen *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (178 ff.); *Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), S. 157 (162 f.) und *Hey*, FR 1998, 497 (504) für den Steuereinbehalt Art. 2 Abs. 1 GG als einschlägiges Grundrecht an.

⁸⁸ *Reimer/Waldhoff*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2010, S. 102.

⁸⁹ *Manssen*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 268 m.w.N.

⁹⁰ *Breuer*, Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rz. 38.

⁹¹ Näher bereits *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 214, 219.

⁹² Zum Eingriff durch Indienstnahme privater Unternehmer *Depenheuer/Froese* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rz. 366.

⁹³ *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 188 m.w.N.

⁹⁴ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 218.

Entrichtungspflichtigen verteuern und Verwaltungsaufwand verursachen, die für die Pflichtenerfüllung notwendigen Ressourcen müssen aber aus dem Erworbenen finanziert werden⁹⁵. Darum greifen haftungsbewehrte Steuerentrichtungspflichten von Unternehmen in das Freiheitsrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und zugleich in die Eigentümerfreiheit (Art. 14 GG) ein⁹⁶. Diese gehen dem subsidiären Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG als *lex specialis* vor⁹⁷.

3. Schutz vor ungleichen Steuervollzugslasten (Art. 3 Abs. 1 GG)

Bei der Grundrechtsprüfung sind grundsätzlich Freiheits- und Gleichheitsrechte nebeneinander anwendbar⁹⁸. Gegen Tätigkeitsverpflichtungen im Bereich der Wirtschaft durch die Indienstnahme Privater für öffentliche Zwecke erhebt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine grundsätzlichen gleichheitsrechtlichen Einwände⁹⁹, fordert aber gleichheitsgerechte Differenzierungen¹⁰⁰. Am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen sind Sonderlasten, die einzelnen Berufsgruppen und Unternehmen auferlegt werden. Dazu zählen auch Sonderopfer durch besondere steuerliche Verfahrenslasten. Soweit die Erfüllung von Abzugs- und Auskunftspflichten mit finanziellen Lasten verbunden ist, ist die Sonderlast der Indienstnahme gleichheitsrechtlich zu rechtfertigen¹⁰¹. Da das EStG den Normalvollzug unterjährig durch eigene Vorauszahlungen des Steuerpflichtigen selbst festlegt (§ 37 EStG), ist die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Einkunftsarten (insbesondere § 38 und § 43 EStG) aus Sicht des Steuerpflichtigen an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Aber auch aus Sicht des Steuerentrichtungspflichtigen besteht Rechtfertigungsbedarf. Speziell die Pflichten der Banken im Quellenabzugsverfahren bewirken eine rechtfertigungsbedürftige Sonderlast¹⁰². Dabei wird z.T. vorgeschlagen, die verfassungsgerichtlichen Kriterien für Sonderabgaben¹⁰³

⁹⁵ So zuletzt *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 188 f. m.w.N.

⁹⁶ *Drüen*, Vom Steuerabzug zur Zahlungsgarantie? – Geplante Korrekturgesetzgebung zur Entrichtungsschuld, DStR-Beih. 2012, 85* (94*).

⁹⁷ Allgemein *Stern/Sachs/Dietlein*, in Stern, Staatsrecht, Die einzelnen Grundrechte, Bd. IV/1, 2006, S. 1927 f.; speziell zur Haftung für Kapitalertragsteuer *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 192.

⁹⁸ *Manssen*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rz. 276.

⁹⁹ Exemplarisch BVerfG, Dreierausschussbeschluss vom 17. Februar 1977 – 1 BvR 33/76, BVerfGE 44, 103 (104) zur Pflicht der Arbeitgeber, für Arbeitnehmer Kirchensteuer einzubehalten und abzuführen.

¹⁰⁰ *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rz. 149.

¹⁰¹ *Hey*, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (287).

¹⁰² *Hey*, FR 1998, 497 (507 f.).

¹⁰³ BVerfG, Beschluss v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 – Rz. 26 m.w.N.; *P. Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 119 Rz. 69 ff.

auf gesetzliche Indienstnahmen Privater zu übertragen¹⁰⁴. Unstreitig bedürfen Sonderlasten aber einer besonderen gleichheitsrechtlichen Rechtfertigung¹⁰⁵.

4. Verhältnismäßigkeitsgebot für haftungsbewehrte Steuervollzugslasten Dritter

a) Verschärfte Verhältnismäßigkeitsanforderungen bei der Indienstnahme Dritter

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet alle drei staatlichen Gewalten, soweit sie konkrete subjektive Rechtspositionen beeinträchtigen. Er bezieht sich auf die jeweilige abstrakte gesetzliche Regelung und ihre konkret-individuelle Anwendung und umfasst alle Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des Einzelnen¹⁰⁶. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein Prinzip des Rechtsstaats und hat Verfassungsrang¹⁰⁷. Er gilt auch für die Gesetzgebung, weil jede staatliche Maßnahme den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss¹⁰⁸. Jede Grundrechtsbeschränkung bedarf einer gesetzlichen Regelung, die einen legitimen Gemeinwohlzweck verfolgt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt¹⁰⁹. Während der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Frage der Auferlegung von Steuerlasten gegenüber dem „Ersten“ rechtspraktisch häufig versagt¹¹⁰, setzt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steuerrechtlichen Verfahrenspflichten wirksame Grenzen. Ist Verhältnismäßigkeit ein Gebot rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns¹¹¹, so müssen Mitwirkungspflichten die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit wahren¹¹². Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt zugleich die Haftung für Steuerschulden¹¹³.

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit hat ausgestaltende und zugleich begrenzende Funktion bei der Indienstnahme Privater¹¹⁴. Die Frage der Zulässigkeit der konkreten Indienstnahme Privater spielt sich weitgehend in der Verhältnismäßigkeit ab¹¹⁵. Wegen des Verhältnismäßigkeitsgebots gelten dabei für die Indienstnahme Dritter verschärfte Anforderungen¹¹⁶. Denn der Indienstnahme Privater ist eine besondere Eingriffsschwere eigen¹¹⁷. Im

¹⁰⁴ Dafür *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 50 ff.; a.A. *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 287 ff.

¹⁰⁵ Näher *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 228 ff., 232 m.w.N.

¹⁰⁶ *Schulze-Fielitz*, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rz. 187 m.w.N.

¹⁰⁷ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rz. 185.

¹⁰⁸ *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.180 m.w.N.

¹⁰⁹ Stellvertretend BVerfG, Urteil v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420, 2437/95, BVerfGE 100, 313 (359).

¹¹⁰ Zur Kritik *Leisner-Egensperger*, Verhältnismäßigkeit als freiheitsrechtliche Grenze der Steuerbelastung, DStZ 2018, 910 m.w.N.

¹¹¹ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 5 AO Rz. 60 f. (Okt. 2018) m.w.N.

¹¹² *Hey*, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (287).

¹¹³ Zuletzt *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 193 ff.

¹¹⁴ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 206 ff., 369 ff.

¹¹⁵ Zutreffend bereits *Hey*, FR 1998, 497 (504).

¹¹⁶ *Drüen*, DStJG 31 (2008), S. 167 (196).

¹¹⁷ *Breuer*, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 171 Rz. 41.

Indienstnahmedreiecksverhältnis muss die Verhältnismäßigkeit nicht nur bipolar im Verhältnis des Staates zum Bürger, sondern auch tripolar, mithin gerade gegenüber dem indienstgenommenen Dritter gewahrt sein. Allein das staatliche Informationsbedürfnis reicht mithin nicht aus, weil auch zu rechtfertigen ist, dass der Dritte und nicht der Steuerpflichtige selbst zur Informationsbeschaffung verpflichtet wird. Allein der Hinweis auf einen Gemeinwohlbelang ist gegenüber dem Dritten nicht pflichtenlegitimierend, weil es einer hinreichenden Sach- und Verantwortungsnähe des Dritten bedarf¹¹⁸, der zugleich seine Sonderlasten rechtfertigt¹¹⁹. Das in Anspruch genommene Rechtssubjekt muss bei wertender Zurechnung eine spezifische Verantwortlichkeit für die Erreichung eines Gemeinwohlziels treffen¹²⁰. Fehlt dagegen eine besondere Sach- und Verantwortungsnähe des Unternehmers, ist die Indienstnahme Privater nur in Verbindung mit einer angemessenen staatlichen Kostenerstattung verhältnismäßig¹²¹. Ein gesetzlicher Kostenausgleich ist aber im aktuellen Gesetzgebungsverfahren zum AbzStEntModG nicht geplant. Darum verengt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die im diesem Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Maßnahmen¹²². Folglich sind beim Kapitalertragsteuervollzug nur solche Vollzugspflichten der Kreditinstitute verhältnismäßig, die ohne Kostenausgleich zulässig sind.

b) Legitimität des Regelungsanliegens des AbzStEntModG

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Verhältnismäßigkeit muss am Regelungsziel des Gesetzgebers und seiner Rechtfertigungskraft ansetzen. Die Betrugsbekämpfung speziell bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer und die Verhinderung missbräuchlicher Steuergestaltungen sind zweifellos eine legitime Aufgabe des Staates. Die Steuerverwaltung hat den verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Auftrag, eine gesetz- und gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten (Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG, §§ 85, 88 AO). Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung sind unbestritten tragende Erwägungen des Allgemeinwohls, die abstrakt auch Indienstnahmen Privater rechtfertigen können¹²³. Ist Gleichheit für Steuer und Steuerstaat essentiell, bilden Informationspflichten Dritter, die eine Fremdverifikation deklarerter Besteuerungsdaten der Steuerbürger eröffnen zur Gewähr

¹¹⁸ BVerfG, Urteil v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260 – Rz. 301; *Breuer*, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 171 Rz. 41.

¹¹⁹ *Driren*, DStJG 31 (2008), S. 167 (183 f.) m.w.N.

¹²⁰ *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, 2005, S. 243.

¹²¹ BVerfG, Beschluss v. 17.10.1984 – 1 BvL 18/82, BVerfGE 68, 155 – Rz. 40 ff.; *Breuer*, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 171 Rz. 41 zur sozialpolitisch motivierten Pflicht zur unentgeltlichen Beförderung Schwerbehinderter.

¹²² Die weitere Verfassungsfrage, ob spätere Kostenausgleichsforderungen ohne gesetzliche Grundlage Aussicht auf Erfolg haben, stellt sich an dieser Stelle nicht.

¹²³ *Seiler*, in Festschrift Bundesfinanzhof, 2018, 1761 (1769) m.w.N.

tatsächlich gleichmäßiger Steuerlasten die unentbehrliche verfahrensrechtliche Säule des Steuerstaates¹²⁴. Auch und gerade bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften bedarf es für den gleichheitsgerechten Steuervollzug der Absicherung durch Bereitstellung hinreichender Informationen¹²⁵. Die Legitimität des Regelungsanliegens und auch die erstrebte Zentralisierung und Digitalisierung¹²⁶ sind nicht zu bestreiten.

Bei der Umsetzung ist aus der Perspektive der Verhältnismäßigkeit aber Folgendes zu bedenken: Der Steuergesetzgeber findet das Steuerrecht nicht in der Lebenswirklichkeit vor. Er gestaltet es und genießt dabei einen weitreichenden Gestaltungsspielraum¹²⁷. Das Steuerrecht als Eingriffsrecht lebt erst aus dem „Diktum des Gesetzgebers“¹²⁸. Sein Wort verkürzt die grundrechtlich geschützte Gestaltungsfreiheit der Steuerpflichtigen. Das gilt auch für das „schlechte Steuergesetz“¹²⁹, das unerwünschte Gestaltungen eröffnet. Was das Gesetz an Gestaltungen erlaubt, ist legal¹³⁰ und es ist Aufgabe des Steuergesetzgebers auf fragwürdige Gestaltungen sofort zu reagieren¹³¹. Dividendenarbitragegestaltungen rund um den Dividendenstichtag waren Finanzverwaltung und Gesetzgeber seit Jahrzehnten bekannt¹³². Speziell gegen *cum-cum*-Gestaltungen hat der Gesetzgeber nach Jahren des Zuwartens¹³³ erst ab dem 1.1.2016 die besonderen Anrechnungsvoraussetzungen der Kapitalertragsteuer nach

¹²⁴ *Driën*, DStJG 31 (2008), S. 167 (188 f.).

¹²⁵ *Hoch*, Die Besteuerungssystematik von Kapitalanlagen – Geltendes Recht und Reformvorschlag für eine kohärente Kapitalanlagenbesteuerung, 2019, S. 461 ff.

¹²⁶ Zur Digitalisierung des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens unter Nutzung der Blockchain-Technologie näher *Hoch*, Die Besteuerungssystematik von Kapitalanlagen – Geltendes Recht und Reformvorschlag für eine kohärente Kapitalanlagenbesteuerung, 2019, S. 461 ff., 469; *dies.*, Die Besteuerungssystematik von Kapitalanlagen – Reformbedarf und Digitalisierungsmöglichkeiten, StuW 2020, 234 (246 ff.).

¹²⁷ BVerfG, Beschluss v. 8.6.1988 – 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86, BVerfGE 78, 249 (287); BVerfG, Beschluss v. 14.12.1993 – 1 BvL 25/88, BVerfGE 89, 329 (338); BVerfG, Beschluss v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (8).

¹²⁸ Zuletzt BVerfG, Urteil v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350 (364).

¹²⁹ Für die Freiheit gegenüber dem „schlechten“ Steuergesetz explizit *Jachmann-Michel*, StuW 2017, 209 (215).

¹³⁰ Zur strafrechtlichen Beurteilung *Knauer/Schomburg*, Cum/Ex-Geschäfte – kommen Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis an ihre Grenzen?, NSTz 2019, 305 (311 ff.); *Knigge/Wittig*, Die zivil-, steuer- und strafrechtlichen Dimensionen von Cum/Ex- und Cum/Cum Geschäften (Teil II), ZWH 2019, 69 (74 ff.); m.w.N.

¹³¹ So gerade zu *cum-cum*- und *cum-ex*-Gestaltungen *Jachmann-Michel*, StuW 2017, 209 (215 f.).

¹³² *Spengel*, Dringender Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften, DB 2016, 2988 (2990); *Anzinger*, Internationale Kapitaleinkommensbesteuerung, in Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts III, 2018, S. 159 (165 ff.); *Driën*, Branchenübliche Geschäfte unter fremden Dritten als Gestaltungsmissbrauch im Sinne von § 42 AO?, DStR 2020, 1465 (1470 ff.).

¹³³ Dividendenstripping in Form von *cum-cum*-Geschäften wurde in den Jahren 1977 bis 1979 als Gestaltungsmissbrauch i.S.v. § 42 AO eingestuft, mit der Konsequenz, dass der inländische Käufer der Aktien nicht zur Anrechnung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer berechtigt war. Im Zeitraum zwischen 1980 und 2000 waren durch die Einführung von § 50c EStG, der die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO überlagerte, Geschäfte möglich, die formal über die Börse abgewickelt wurden und die Dividendenstripping in Form von *cum-cum*-Geschäften mit steuerlichen Vorteilen in Form der Erstattung der Körperschaftsteuer und der Kapitalertragsteuer eröffneten. Ab 2001 wurde § 50c EStG wieder abgeschafft (*Spilker*, Rechtsstaatliche Grenzen für die steuerliche und steuerstrafrechtliche Würdigung von Cum/Cum- und Cum/Ex-Transaktionen, FR 2017, 138 [139] m.w.N.).

§ 36a EStG nach ausländischen Vorbildern eingeführt¹³⁴. Das spricht nicht gegen die Legitimität des Ziels des Steuergesetzgebers, „Betrug insbesondere bei der Erstattung von Kapitalertragsteuer“ verhindern zu wollen¹³⁵. Aber einerseits fragt es sich, ob nach der steuer(straf)rechtlichen Aufarbeitung von *cum-ex*-Geschäften und der gesetzlichen Einhegung von *cum-cum*-Geschäften durch den 45-Tages-Mindesthaltedauerzeitraum innerhalb des 91 Tages-Gesamtzeitraumes und dem Mindestwertveränderungsrisiko¹³⁶ weiterhin ein so drängendes Regelungsbedürfnis besteht, das derart weitreichende Indienstnahmen Privater rechtfertigt¹³⁷. Immerhin hat die Bundesregierung in einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage Ende 2020 die materiell-rechtlichen Änderungen gegen Leerverkaufsgestaltungsmodelle und die ergriffenen organisatorischen Maßnahmen der Finanzverwaltung betont¹³⁸ und dabei keinen unabweisbaren weiteren Änderungsbedarf erkennen lassen¹³⁹.

Andererseits fragt sich, ob der Gesetzgeber mit dem Reformentwurf nicht vorschnell alternative Regelungsmodelle verworfen hat. Das von den Verbänden geforderte TRACE-Modell der OECD¹⁴⁰ sieht der Regierungsentwurf als unzureichend an, um Missbrauch und Betrug im

¹³⁴ *Drüen*, Grundlagen und Grenzen administrativer Missbrauchsabwehr im gewaltengegliederten Verfassungsstaat, *StuW* 2020, 3.

¹³⁵ *RegE*, S. 1.

¹³⁶ Dazu *Levedag*, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 36a Rz. 4 ff. m.w.N.

¹³⁷ Ähnlich zur „Vergangenheitsbewältigung missbräuchlicher Steuergestaltungsmodelle“ *Schurowski*, *FR* 2021, 204 (219).

¹³⁸ Antwort der Bundesregierung v. 6.11.2020 auf die Kleine Anfrage zu Cum-Ex-Fällen in den Jahren 2018, 2019 und 2020, *BT-Drucks.* 19/24156, S. 2: „Der Bundesregierung liegen keine Erkenntnisse vor, dass nach der Systemumstellung durch das OGAW-IV-UmsG zum 1. Januar 2012 noch Gestaltungsmodelle praktiziert wurden, die mittels Leerverkäufen von Aktien die Anrechnung oder Erstattung niemals abgeführter Kapitalertragsteuer zum Gegenstand haben. Zudem wurden Cum/Cum-Gestaltungen durch Einfügung der §§ 36a und 50j EStG mit Wirkung ab dem 1. Januar 2016 unterbunden. Darüber hinaus prüft die Finanzverwaltung in Bund und Ländern weiterhin bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag, ob durch andere Gestaltungen unberechtigte Ansprüche auf Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer geltend gemacht wurden. In diesem Zusammenhang wird auch geprüft, ob sich Erkenntnisse zu bisher nicht bekannten Gestaltungsvarianten ergeben, die auf die unberechtigte Geltendmachung der Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer gerichtet sind. Mit der Prüfung dieser Kapitalmarktgestaltungen ist auch die neue Sondereinheit beim BZSt befasst, die auf Initiative von Bundesfinanzminister Scholz eingerichtet wurde und bereits seit dem 1. März 2020 ihre Tätigkeit aufgenommen hat“.

¹³⁹ Nach *Florstedt*, Reformfolge und fortbestehender Reformbedarf beim steuermotivierten Aktienhandel um Dividendenstichtage, *DStR* 2020, 2399 (2405) wurden neue Fälle seit langem nicht verzeichnet und bei der Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags im September 2020 konnte kein Sachverständiger einen einzigen deutschen Fall unter der geltenden Rechtslage angeben.

¹⁴⁰ OECD, Treaty Relief and Compliance Enhancement (TRACE), abrufbar unter <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/treaty-relief-and-compliance-enhancement-trace.htm>; dazu *Schurowski*, *FR* 2021, 204 (213 ff.).

Rahmen der Abführung der Abzugsteuern auszuschließen¹⁴¹. Neben diesem Vorschlag liegen aber auch weitere¹⁴² materiell-rechtliche Vorschläge auf dem Tisch¹⁴³.

Verfahrensrechtlich bleibt offen, inwieweit es der Meldedaten der Kreditinstitute in Steuerbescheinigungen (ohne Schwellenwert) zukünftig trotz des im selben Gesetzesentwurf geplanten Informationsaustauschs über kapitalmarktbezogene Gestaltungen (§ 88c AO-E)¹⁴⁴ noch bedarf. Immerhin dient die geplante neue Vorschrift „der zielgerichteten Aufdeckung von missbräuchlichen Gestaltungen bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag“, um frühzeitig Sachverhaltserkenntnisse zu gewinnen und auch veranlagungsunterstützend einzusetzen¹⁴⁵. Daneben wären gerade für die speziellen Informationen über Wertpapierleihe- oder Wertpapierpensionsgeschäfte, die den depotführenden Stellen regelmäßig nicht vorliegen¹⁴⁶, spezielle Anzeigepflichten für entsprechende Anbieter zu erwägen¹⁴⁷. Zudem ist nach Einführung der grenzüberschreitenden Anzeigepflichten (§§ 138d, 138e AO) sicherzustellen, dass der Staat vorhandene oder leicht gewinnbare Informationen über unerwünschte Gestaltungsmodelle ausschöpft und nutzt, bevor er neue Pflichten für Dritte einführt¹⁴⁸. Im Raum steht der Vorwurf, der Staat werte vorhandene Daten(sammlungen) mangels entsprechender IT-Infrastruktur nicht hinreichend für Verifikationszwecke aus und archiviere „Dateileihe[n]“¹⁴⁹. Für die Verhältnismäßigkeit der Indienstnahme Dritter ist aber Vorbedingung, dass mit Hilfe der Informationspflichten die finanzbehördliche Verifikation auch tatsächlich gefördert werden kann. Insoweit ersetzt die Indienstnahme Privater den Staat nicht, sondern setzt vielmehr die effektive Verarbeitung der privaten Mitwirkungsbeiträge durch den Staat voraus. Dieser muss gerade bei Informationspflichten Dritter in (digitale) Vorleistung treten.

¹⁴¹ RegE, S. 2.

¹⁴² Zu verschiedenen Reformüberlegungen bis hin zum Bußgeldrecht *Florstedt*, DStR 2020, 2399 (2400 ff.).

¹⁴³ Zuletzt zum Reformvorschlag eines abgeltenden Steuerabzugs auf Streubesitzdividenden i.H.v. 15 % für in- und ausländische Kapitalgesellschaften *Altvater*, DStR 2021, 261 (266 ff.), der auch die nach dem AbzStEntModG-E zusätzlich zu erhebenden Informationen nicht als hinreichend erachtet, um den wirtschaftlichen Eigentümer im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses rechtssicher zu ermitteln und Gestaltungsmissbrauch zu identifizieren, und insgesamt nur einen „(eingeschränkte[n]) Nutzen für den Steuervollzug“ anerkennt.

¹⁴⁴ Dazu RegE, S. 90 f.

¹⁴⁵ RegE, S. 90.

¹⁴⁶ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638) m.w.N.

¹⁴⁷ Zur Diskussion über Anzeigepflichten *Osterloh-Konrad/Heber/Beuchert*, Anzeigepflichten für Steuergestaltungen in Deutschland – Verfassungs- und europarechtliche Grenzen sowie Überlegungen zur Ausgestaltung, 2017 sowie 67. Berliner Steuergespräch, FR 2018, 621 ff.

¹⁴⁸ Immerhin sollen sowohl *cum-ex-* als auch *cum-cum-*Fälle als modellhafte, grenzüberschreitende Gestaltungen meldepflichtig sein (so *Florstedt*, DStR 2020, 2399 [2401]).

¹⁴⁹ *Schurovski*, FR 2021, 204 (207, 221) m.w.N.

Der Gesetzgeber will – trotz dieser Einwände – den Weg wählen, auf bestehende Mitwirkungspflichten aufzusatteln und die Haftung zu verschärfen. Bei aller legislatorischen Zielsetzungs- und Ausgestaltungsfreiheit ist daran zu erinnern, dass die Auferlegung von Mitwirkungspflichten für Dritte prima vista als einfacher und effektiver Weg erscheinen mag, diese aber einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Erhellend und mahnend ist die Frage des früheren Leiters der Steuerabteilung des Landes Rheinland-Pfalz *Werner Widmann* zur Indienstnahme Privater: „Und unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit muss auch gefragt werden, ob es überzeugende Gründe dafür gibt, dass es sich der Fiskus so einfach macht“¹⁵⁰.

IV. Grenzen der Intensivierung der Informationspflichten der Kreditinstitute beim Kapitalertragsteuervollzug

1. Grundlegende Unterschiede gegenüber der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer

Da versucht wird, gegenüber der Kuponsteuer wesentlich weiterreichende und belastendere Pflichten der Kreditinstitute mit dem Hinweis auf die vorangestellte Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (s. bereits I. 2.) zu legitimieren¹⁵¹, sind zunächst die Unterschiede¹⁵² der geplanten Informationspflichten gegenüber der „Ausgangsentscheidung zur Indienstnahme Privater“¹⁵³ zu betonen. Das Bundesverfassungsgericht rückt die Nähe der gesetzlichen Pflicht, die damalige Kuponsteuer einzubehalten, zum regulären Bankgeschäft sowie den punktuellen Pflichteninhalt und seine als geringfügig qualifizierten Auswirkungen in den Mittelpunkt. Der Nexus der historischen Pflicht zum üblichen Effektengeschäft darf nicht ausgeklammert werden. Die verfassungsgerichtliche Betonung der „derart begrenzten Inanspruchnahme“, die „ohne besondere Schwierigkeiten“ zu erfüllen sei, sprechen aber dagegen, dieses Judikat unbesehen zur Rechtfertigung weiterer oder intensiverer Pflichten derselben Pflichtenträger heranzuziehen. Die Ausgangsentscheidung mahnt dazu, andere und neue Formen der

¹⁵⁰ *Widmann*, Resümee, DStJG 31 (2008), S. 295 (304).

¹⁵¹ *Herrler*, Mitwirkung der Banken bei der Besteuerung von Bankkunden, 1984, S. 224 ff.

¹⁵² Zu den Unterschieden zwischen der Kuponsteuer und dem Zinsabschlag (§ 44 EStG) als wichtigem Fall der Kapitalertragsteuer (§ 43 EStG) bereits *Dahm*, Banken im Spannungsfeld zwischen Staat und Kunden, WM 1996, S. 1285 (1287).

¹⁵³ Ebenso *Haug*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 43 EStG Anm. 3 (Dez. 2020).

Indienstnahme nach Pflichteninhalt und -wirkung genau mit der sanktionierten Pflicht zum Einbehalt der Kuponsteuer zu vergleichen¹⁵⁴.

Es ist zu fragen, ob die geplanten Informationspflichten bei der Kapitalertragsteuer im Einklang mit der Leitentscheidung¹⁵⁵:

- „sich an die übliche Banktätigkeit anlehn[en]“,
- „keine besonderen steuerrechtlichen Kenntnisse voraussetz[en]“ und
- „sich in ihren Anforderungen noch im Rahmen des von den Kreditinstituten gepflegten“ Geschäftes halten?

Um diese Fragen zu beantworten ist neben dem Blick auf den vorgeschlagenen Gesetzestext der Blick auf die Begründung zum Regierungsentwurf erhellend. Danach sollen die Aussteller der Steuerbescheinigung „im Rahmen eines bestehenden Kundenverhältnisses“ „die Verlässlichkeit seines eigenen Vertragspartners einschätzen und die Qualität der Angaben sicherstellen“¹⁵⁶. Weiterhin geht die Regierungsbegründung davon aus, dass für „die Depotbanken die Möglichkeit [besteht,] Informationen zu verifizieren“¹⁵⁷. Damit geht es nicht allein um die Sammlung, Aufbereitung und Übermittlung von Informationen aus der Sphäre des Pflichtenträgers, sondern zugleich um die Beschaffung und Beurteilung *fremder* Informationen, insbesondere von in einer Verwahrkette eingebundenen Zwischenverwahrern (§ 45b Abs. 2 Nr. 8 EStG-E)¹⁵⁸. Dieses „Outsourcing staatlicher Ermittlungstätigkeit“ verleiht der haftungsbewehrten Mitwirkungspflicht aber eine andere rechtliche Qualität gegenüber dem Präjudiz zur Kuponsteuer. Denn eine über vorhandene Unterlagen hinausgehende Ermittlungspflicht der Kreditinstitute hatte das Bundesverfassungsgericht nicht zu beurteilen. Im Gegenteil betont die Leitentscheidung¹⁵⁹:

„Eine darüber hinaus reichende Ermittlungspflicht obliegt den Kreditinstituten grundsätzlich nicht. Sie dürfen von den in den Konto- und Depotunterlagen enthaltenen Angaben über den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Gläubigers ausgehen (...). Wird das Wertpapier nicht bei einem inländischen Kreditinstitut verwahrt oder verwaltet oder befindet es sich in Eigenverwahrung, so ist der Steuerabzug bei der Auszahlung der Kapitalerträge durch die Bank ohne weitere Prüfung grundsätzlich vorzunehmen“.

¹⁵⁴ Driien, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 19.

¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 – Rz. 11 (bei juris).

¹⁵⁶ RegE, S. 47.

¹⁵⁷ RegE, S. 47.

¹⁵⁸ Darum kritisch auch Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (639) m.w.N.

¹⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 – Rz. 11 (Hervorhebung durch den Verf.).

Überdies werden bei der Pflicht zur Ausstellung einer Steuerbescheinigung – anders als bei der früheren Kuponsteuer – durchaus steuerrechtliche Kenntnisse vorausgesetzt. Denn die Komplexität des materiellen Rechts¹⁶⁰ schlägt bei der Kapitalertragsteuer auf die formelle Pflicht der Erstellung der Steuerbescheinigung durch¹⁶¹. Auch wenn die Komplexität der Finanzprodukte¹⁶² gerade Folge des von den Kreditinstituten gepflegten Geschäfts ist¹⁶³, so werden die Anforderungen an dieses Geschäft durch den Regierungsentwurf geändert. Denn der Aussteller soll nicht nur abgeführte Kapitalertragsteuer „im Rahmen eines bestehenden Kundenverhältnisses“ bescheinigen, sondern die steuerrechtliche Richtigkeit der Angaben des Vertragspartners und seine „Verlässlichkeit“ beurteilen¹⁶⁴. Das gehört aber nicht mehr zur „üblichen Banktätigkeit“, sondern ist typische Kontrollarbeit, die gesetzlich durch § 85 Satz 2 und § 88 AO zur Aufgabe der Finanzverwaltung zählt. Wenn aber die steuerrechtliche Ermittlungspflicht der Banken künftig nicht einfach auf dem Zivilrechtsverhältnis der Parteien aufbauen soll, sondern gerade durch das eigene Haftungsrisiko zur Störquelle für dieses Indienstnahmegrundverhältnis wird, so sägt der Steuergesetzgeber an dem Ast, auf dem er die Indienstnahme Privater aufbaut¹⁶⁵. Zudem wird mit der Zuweisung einer Kontrollaufgabe der bisherige Indienstnahmegrund der Steuerabzugspflicht, der in der Sachverantwortung durch die Beherrschung eines sicherungsbedürftigen Zahlungsstromes liegt¹⁶⁶, verlassen. Dabei legitimiert der Rechtsgrund der Indienstnahme Privater nicht nur die Vollzugspflicht, sondern limitiert sie zugleich¹⁶⁷. Insgesamt trägt darum der Verweis auf das Präjudiz des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer nicht. Der Reformgesetzgeber bewegt sich mit § 45b Abs. 2 und § 45a Abs. 7 EStG-E nicht mehr auf einem durch das Bundesverfassungsgericht gesichertem Grund. Diese Argumente greifen erst recht in den Fällen der Auslandsverwahrung, in denen es regelmäßig an einem bestehenden Kundenverhältnis und auch an einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen der Verwahrstelle und der depotführenden Stelle im Ausland und der die Steuerbescheinigung ausstellenden inländischen Stelle fehlt (dazu noch sub V. 2. d]).

¹⁶⁰ Zum Komplexitätsgrad der Materie *Hasselmann*, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 44 EStG Rz. 30 (Okt. 2020).

¹⁶¹ *Driien*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 130.

¹⁶² *Geurts*, in Bordewin/Brandt, EStG § 44 EStG Rz. 65 (April 2020).

¹⁶³ *Driien*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 132.

¹⁶⁴ Vgl. nochmals RegE, S. 47.

¹⁶⁵ Dagegen bereits *Driien*, DStJG 31 (2008), S. 167 (196).

¹⁶⁶ Näher *Driien*, DStJG 31 (2008), S. 167 (185 f.).

¹⁶⁷ *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, 2005, S. 251; *Driien*, DStJG 31 (2008), S. 167 (186).

2. Private Ermittlungsaufgabe ohne Eingriffsbefugnisse?

Weiterhin stellt sich die Frage, ob Kreditinstitute als Private die ihnen mit dem Regierungsentwurf zugedachte Ermittlungsaufgabe überhaupt erfüllen können. Bei der ihr gesetzlich zugewiesenen Ermittlungsaufgabe kann sich die Finanzbehörde durchaus – wie in anderen Bereichen des öffentlichen Rechts auch – Verwaltungshelfern bedienen. Nach allgemeinen Grundsätzen darf ein solcher „Ermittlungshelfer“ nur als „Werkzeug“ des Hoheitsträgers eingesetzt werden, welcher dessen Weisungen unterliegt. Der Verwaltungshelfer handelt dabei nicht selbst hoheitlich und sein Handeln ist der Verwaltung zuzurechnen¹⁶⁸. Alternativ kommt eine Beleihung in Betracht, wenn der Private mit eigenen Hoheitsrechten ausgestattet wird und er im eigenen Namen handelt. Beliehenen wird als Privatpersonen zur hoheitlichen Wahrnehmung der ihnen übertragenen Verwaltungsaufgabe hoheitliche Befugnisse zugewiesen, was sie zum Verwaltungsträger im weiteren Sinne macht¹⁶⁹.

Beide Formen der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben treffen auf die Kreditinstitute im Rahmen der Kapitalertragsteuer bislang nicht zu. Der Entrichtungspflichtige ist weder Beliehener noch Verwaltungshelfer¹⁷⁰. Auch wenn z.T. gerade beim Kapitalertragsteuereinbehalt die Indienstnahme privater Unternehmer mit einer Verwaltungshilfe für den Staat gleichgesetzt wird¹⁷¹, lassen sich verwaltungs- und verfassungsrechtlich beide Formen der Beteiligung Privater unterscheiden¹⁷². Insbesondere ist inzwischen auch die Indienstnahme Privater¹⁷³ als Rechtsbegriff¹⁷⁴ und Rechtsinstitut¹⁷⁵ anerkannt¹⁷⁶. Nach zutreffender Würdigung ist die Entrichtungspflicht bei der Kapitalertragsteuer kein Fall der Verwaltungshilfe¹⁷⁷, sondern eine Indienstnahme Privater

¹⁶⁸ Reimer, in BeckOK, VwGO, § 40 Rz. 80 (April 2020); Herdegen, in Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rz. 115 (März 2019); Papier/Shirvani, in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 839 Rz. 188; Schoch, in Schoch/Schneider, VwVfG, § 1 Rz. 170 (Juli 2020).

¹⁶⁹ Zuletzt Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 21 Rz. 11 m.w.N. in § 23 Rz. 70.

¹⁷⁰ Zuletzt Farinato, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, jM 2021, 114 (122).

¹⁷¹ Depenheuer/Froese in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rz. 366; speziell zu den Kreditinstituten bei der Kapitalertragsteuer Hoffmann, Kein Anspruch auf Schadensersatz gegen Kreditinstitute bei verpflichtender Umsetzung des Kapitalertragsteuerabzugs, DStR 2016, 1848 (1849).

¹⁷² Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2014, § 40 II 1.

¹⁷³ Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in Festgabe E. Kaufmann, 1950, S. 141.

¹⁷⁴ Lennartz, Verfassungsrechtliche Grenzen der Indienstnahme Privater, DÖV 2019, 434.

¹⁷⁵ Näher Drißen, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 95 ff.

¹⁷⁶ Dazu Burgi/Krönke, Die ausgleichspflichtige Indienstnahme, VerwArch 2018, 423 (424 ff.) m.w.N.; zum Steuervollzug jüngst Schurowski, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 100 ff.

¹⁷⁷ So aber Beckert/Schober, RdF 2021, 49 (54): „Verwaltungshelfer des Fiskus“; Hoffmann, DStR 2016, 1848 (1849): „als ‚Erfüllungsgehilfen‘ oder ‚Beauftragte des Steuerfiskus‘“ und – wenngleich in Anführungszeichen – Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 43 EStG Rz. A 85a (März 2010): „Die zum

durch Gesetz¹⁷⁸. Im Rahmen der gesetzlichen Indienstnahme bestehen keine hoheitlichen Befugnisse des Entrichtungspflichtigen bei der Kapitalertragsteuer¹⁷⁹. Bei der Indienstnahme Privater muss der Indienstgenommene als Privatperson ohne Hoheitsbefugnisse die ihm auferlegte Gesetzespflicht erfüllen. Er steht sowohl dem Staat als auch anderen Privaten als Privatperson gegenüber und kann zur Erfüllung der ihm auferlegten Aufgabe nur ihm als solche zur Verfügung stehende Mittel einsetzen¹⁸⁰. Den z.T. vertretenen Ansatz, Steuerabzugspflichten als Form der Beleihung zu deuten¹⁸¹, bei denen der Abzugspflichtige Verwaltungszwang anwendet¹⁸², geht der Gesetzgeber im Entwurf zum AbzStEntModG erkennbar nicht. Den Kreditinstituten werden keine behördlichen Ermittlungsbefugnisse zur Erfüllung ihrer Informationspflichten eingeräumt, vielmehr werden sie gerade auf privatrechtliche Grundlagen verwiesen¹⁸³. Neben der davon ausgehenden Störung, des der Indienstnahme zugrundeliegenden Grundverhältnisses, stellt sich wegen der Pflicht zur finanzbehördlichen Sachverhaltsaufklärung die Frage, wie eine rechtswidrige Informationsbeschaffung durch Private¹⁸⁴ verhindert¹⁸⁵ und die Letztverantwortung der Finanzbehörde gewahrt werden kann.

Bei einem gesetzlich verpflichteten „Privatermittler“ droht allgemein eine Flucht aus der Grundrechtsbindung durch Privatisierung der Aufgabenerfüllung. Bei der gesetzlichen Pflicht zur Informationsbeschaffung von Fremddaten agiert der Steuerentrichtungspflichtige letztlich wie ein staatlich Beauftragter und soll Informationen beschaffen, ohne aber selbst grundrechtsverpflichtet zu sein. Der Staat darf sich indes seiner Verantwortlichkeit für gesetzlich Beauftragte nicht entziehen¹⁸⁶. Er muss sich vielmehr Einwirkungs-, Kontroll- und

Abzug der Kapitalertragsteuer Verpflichteten sind verfahrensrechtlich Steuerentrichtungspflichtige, der Sache nach werden sie im Steuerabzugsverfahren als ‚Gehilfen‘ des Fiskus tätig“.

¹⁷⁸ Eingehend *Hey*, FR 1998, 497 (500 ff., 502); *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 131 f.; *Tappe*, Privatisierung der Steuerverwaltung – am Beispiel des neuen § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG, in Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, Bd. III, 2018, S. 77 (90); zuletzt *Jachmann-Michel*, in Blümich, § 44 EStG Rz. 2 (Juli 2020); *Farinato*, jM 2021, 114 (122); im Ergebnis auch *Seiler*, in Festschrift Bundesfinanzhof, 2018, 1761 (1771 f.); zur parallelen Qualifikation des Lohnsteuerabzugs als Indienstnahme Privater zuletzt *Meyer*, DStJG 40 (2017), 177 (197) m.w.N.

¹⁷⁹ Explizit *Jachmann-Michel*, in Blümich, § 44 EStG Rz. 2 (Juli 2020).

¹⁸⁰ Näher zur Abgrenzung zur Beleihung *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 85 ff.

¹⁸¹ Dafür *Winter*, Der Arbeitgeber im Lohnsteuerrecht, 1998, S. 122; *ders.*, Risiken des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug, in Festschrift 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V., 1999, S. 311 (318).

¹⁸² So aber *Kloubert*, Rechtliche Stellung des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug, 1988, S. 24, 44, 49.

¹⁸³ RegE, S. 47 verweist auf die „typischerweise engen und etablierten Geschäftsbeziehungen“.

¹⁸⁴ Allgemein *Söhn*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 88 AO Rz. 337 (März 2010).

¹⁸⁵ Fragwürdig erscheint es insbesondere, wenn strukturell auf einer vertragswidrigen Aufklärung durch Dritte unter Missachtung von Verschwiegenheits- oder Verwendungsvereinbarungen aufgebaut würde.

¹⁸⁶ *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 55.

Sanktionsbefugnisse sichern¹⁸⁷. Grundrechtseingriffe aufgrund der gesetzlichen Pflicht einer Informationsbeschaffung durch Private sind dem Staat zurechenbar¹⁸⁸.

Der Steuerentrichtungspflichtige, der gesetzlich zur Informationsbeschaffung von Fremddaten verpflichtet wird, hat als Privater keine originären Ermittlungsbefugnisse. Ohne Einräumung von Hoheitsrechten stehen ihm selbst bei der Einordnung als „Organ der Steuererhebung“¹⁸⁹ nur zivilrechtliche Aufklärungsmöglichkeiten und Auskunftsansprüche zu. Baut das Indienstnahmegesetz auf bestehenden zivilrechtlichen Pflichten als Grundverhältnis auf, so stößt die Informationsbeschaffung auf zivilrechtlicher Grundlage aber auf Schranken, wenn zivilrechtliche Quellen und Informationszugänge vertraglich nur für bestimmte, vertraglich vorhergesehene Zwecke eingeräumt werden. Wird der Steuerentrichtungspflichtige zur gesetzlich geforderten Informationsbeschaffung nur auf zivilrechtliche Beschaffungsmöglichkeiten verwiesen, wäre eine Vereitelung durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen über Verschwiegenheit oder eine limitierte Nutzung nur im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen dem Steuerentrichtungspflichtigen und dem Dritten denkbar. Würde der Steuergesetzgeber die Unbeachtlichkeit derartiger Vereinbarungen anordnen und die steuerrechtliche Informationspflicht – privatvertragsbrechend – „ungeachtet vertraglicher Beschränkungen“ ausgestalten, wäre das kein Aufbau auf dem zivilrechtlichen Indienstnahmegrundverhältnis mehr, sondern dessen „Überformung“¹⁹⁰.

Da dem „Privatermittler“ hoheitliche Durchsetzungsmöglichkeiten fehlen und Zwangsgeldandrohung (§§ 329, 332 AO) und weitere Schritte bis hin zur Ersatzzwangshaft (§ 334 AO) zur Durchsetzung ausscheiden¹⁹¹, fragt sich, wie und anhand welcher Maßstäbe der Steuerentrichtungspflichtige die Information seines Vertragspartners auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen soll. Wie soll zur Gewähr der angestrebten Gleichmäßigkeit der Besteuerung seine Ermittlungstiefe gesteuert werden? Wann ist sein Nachfragen geboten? Gelten die Vorgaben des § 88 Abs. 5 AO zum Einsatz von „Risikomanagementsystemen“ auch

¹⁸⁷ Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (307 ff.).

¹⁸⁸ Herdegen, in Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 GG Rz. 116 (März 2019); ebenso Schurowski, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 229, Note 828.

¹⁸⁹ So Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung zum Gesetz zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften v. 13.5.2015, BT-Drucks. 18/4902, 44 m.w.N.; BMF v. 18.1.2016, Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BStBl. I 2016, 85 – Rz. 151a; Hoffmann, DStR 2016, 1848 (1849); Hasselmann, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 44 EStG Rz. 32 (Okt. 2020); zuletzt Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (634).

¹⁹⁰ Ein solcher „private treaty override“ als private Vertragsüberrollung durch Negierung auch unter ausländischem Recht geschlossener Geheimhaltungspflichten und Verwendungsbeschränkungen wirft auch völkerrechtliche Fragen auf.

¹⁹¹ Allgemein Driien, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 95.

für die Ermittlungshelfer? Denn die Finanzverwaltung wird angesichts der für sie geltenden Standards bei der Erfüllung des Massengeschäfts¹⁹², keine strengeren Anforderungen an Indienstgenommene Private stellen können¹⁹³. Die Qualifikation „Organ der Steuererhebung“ legt identische Maßstäbe nahe, sichert aber bei Privaten nicht die Rechtsbindung hieran. Darum verbleiben angesichts der Garantenstellung des Staates bei der Indienstnahme¹⁹⁴ vielfältige Fragen zur Ermittlung durch Private offen. Der Verweis der Regierungsbegründung, das Kreditinstitut könne „am besten die Verlässlichkeit seines eigenen Vertragspartners einschätzen und die Qualität der Angaben sicherstellen“¹⁹⁵ lässt insoweit eine Unbefangenheit erkennen¹⁹⁶ und legt eine Untererfüllung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung nahe¹⁹⁷. Sofern der Gesetzgeber den neuen Weg der Informationsbeschaffungs- und -bewertungspflichten für Private ernsthaft beschreiten will, muss er diesen im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch erheblich absichern. Da die Datenverarbeitung zwischen vertraglicher Berechtigung und gesetzlicher Verpflichtung steht, sollte er zudem einen datenschutzrechtlich sicheren Grund für die gesetzlich geforderte Weiterverarbeitung von Daten zum Zwecke einer Verifikation durch den Vertragspartner setzen. Sollte der Gesetzgeber den indienstgenommenen Kreditinstituten wirklich eine Ermächtigungsgrundlage zur Ermittlung und Überprüfung von Fremdinformationen einräumen wollen, so ist diese bislang aus den genannten Gründen in mehrfacher Hinsicht defizitär.

3. Sphärenverantwortung im Dreiecksverhältnis der Indienstnahme

Mit der Einordnung der Indienstnahme Privater als gesetzliches Rechtsverhältnis und Dreiecksrechtsverhältnis¹⁹⁸ beim Steuervollzug erschließen sich zugleich (verfassungs-)rechtliche Ausgestaltungsanforderungen¹⁹⁹. Wenn in aktuellen Stellungnahmen zum AbzStEntModG vorgeschlagen wird, hinsichtlich der eingeschränkten Verantwortlichkeit für (strafbares) Drittverhalten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union zum

¹⁹² Zum Inhalt *Drüen*, DStJG 42 (2019), 193 (195 ff.).

¹⁹³ Dagegen bereits *Dietlein/Drüen*, Grundlagen und Reichweite des Vertrauensschutzes bei Ausfuhrlieferungen im nichtkommerziellen Reiseverkehr, 2010, S. 81 f.

¹⁹⁴ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 370 ff. m.w.N.

¹⁹⁵ RegE, S. 47.

¹⁹⁶ Bei der Indienstnahme Privater dürfen steuerrelevante Entscheidungen nicht ohne gesetzliche Grundlage und Grenze dem Sachverstand oder anderen Fähigkeiten des Indienstgenommenen überantwortet werden (dagegen bereits *Drüen*, FR 2004, 1134 [1147] m.w.N.).

¹⁹⁷ Wird die behördliche Amtsermittlung beim Steuervollzug monographisch (*Spilker*, Behördliche Amtsermittlung, 2015) und z.T. kontrovers behandelt, so irritiert das bloße Vertrauen auf gesetzlich nicht angeleitete Beurteilungen des Steuererichtungspflichtigen.

¹⁹⁸ *Schuruowski*, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 223 ff.

¹⁹⁹ Dazu bereits *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 300 ff.

Umsatzsteuerrecht²⁰⁰ auch auf das Kapitalertragsteuerrecht zu übertragen, weil bei beiden Steuerarten die Steuer durch Dritte erhoben und an den Staat abgeführt werden muss²⁰¹, so lässt sich dies dogmatisch mit dem Indienstnahme-Dreiecksverhältnis fundieren und absichern²⁰².

Im gesetzlich etablierten Indienstnahme-Dreiecksverhältnis zwischen dem Staat, dem Indienstgenommenen und dem erstbetroffenen Privaten darf sich der Staat seinen Bindungen und Pflichten sowie den der Indienstnahme innewohnenden Zielsetzungen nicht entziehen. Den Staat trifft bei der gesetzlichen Indienstnahme Privater einerseits zugunsten des Vollzugsbetroffenen eine Garantenstellung²⁰³, weshalb es legislativer Vorkehrungen und administrativer Sicherungen für die Gesetz- und Gleichmäßigkeit des Steuervollzuges bedarf. Auf der anderen Seite belegen die von der Rechtsprechung behandelten Betrugsfälle, dass umgekehrt bei einer Indienstnahme auch Konstellationen denkbar sind, in denen der Indienstgenommene staatlichen Schutz vor dem Dritten bedarf. Der Staat darf dem Indienstgenommenen neben den Vollzugspflichten nicht noch sämtliche Risiken für ein Fehlverhalten des Abnehmers aufbürden²⁰⁴. Im gesetzlich begründeten Indienstnahmedreieck zwischen dem Abnehmer, dem Unternehmer und dem Staat ist darum nach Verantwortungssphären zu differenzieren. Die Zuordnung von einzelnen Verantwortungssphären im beschriebenen Dreieck liegt auch der neueren Rechtsprechung zugrunde. Bereits im Urteil *Teleos* zu innergemeinschaftlichen Lieferungen forderte der Europäische Gerichtshof, dass „die Aufteilung des Risikos zwischen dem Lieferanten und der Finanzverwaltung aufgrund eines von einem Dritten begangenen Betrugs“ ... „mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein“ muss²⁰⁵. Darauf hat er im Urteil *Netto Supermarkt* für Ausfuhrlieferungen ausdrücklich Bezug genommen und daraus gefolgert, dass dem Lieferer nicht die gesamte Verantwortung für die Zahlung der Mehrwertsteuer auferlegt werden dürfe, denn es wäre offenkundig unverhältnismäßig, einem Steuerpflichtigen anzulasten, dass durch betrügerische Machenschaften Dritter, auf die er keinen Einfluss hat,

²⁰⁰ EuGH, Urteil v. 27.9.2007 – Rs. C-409/04, *Teleos*, DStRE 2008, 109; EuGH, Urteil v. 21.2.2008 – Rs. C-271/06, *Netto Supermarkt*, DStR 2008, 450.

²⁰¹ Dafür jüngst *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (636).

²⁰² Dazu und zu Folgenden bereits *Dietlein/Drielen*, Grundlagen und Reichweite des Vertrauensschutzes bei Ausfuhrlieferungen im nichtkommerziellen Reiseverkehr, 2010, S. 55 f.

²⁰³ *Gallwas*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 211 (214 f., 221 ff.) und *ders.*, VVDStRL 62 (2003), 336 (Diskussionsbeitrag). Zur Gewährleistungs- und Überwachungsverantwortung des Staates bei privatem Steuervollzug allgemein *Eckhoff*, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht, 1999, S. 450, 465.

²⁰⁴ Vgl. bereits *Dietlein/Mehrbrey*, Grenzen der Umsatzbesteuerung bei Manipulationsfällen im Rahmen des sog. „Exports über den Ladentisch“, BB 2001, 446 (447); *Stadie*, Umsatzsteuerrecht 2005, Rz. 1.18 und 10.24; ebenso *Englisch*, in Schön/Beck, Gemeinschaftsgrundrechte im harmonisierten Steuerrecht, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 39 (71 ff.).

²⁰⁵ EuGH, Urteil v. 27.9.2007 – Rs. C-409/04, *Teleos*, DStRE 2008, 109 – Rz. 58.

Steuereinnahmen entgehen²⁰⁶. Damit geht auch der Europäische Gerichtshof bei der Indienstnahme des Unternehmers von Einfluss- und Verantwortungssphären²⁰⁷ aus.

Diese Verteilung der Sphärenverantwortung ist keine Spezialität des (teilharmonisierten) Umsatzsteuerrechts, sondern grundlegend in jedem Vollzugsdreieck bei der Indienstnahme Privater²⁰⁸. Sie ist Ausdruck des verfassungsrechtlich (wie auch unionsrechtlich) fundierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und losgelöst von einer unionsrechtlichen Richtlinie oder einer nationalen Regelung im UStG²⁰⁹. Als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips steht die Sphärenverantwortung beim Steuervollzug²¹⁰ nicht zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers. Bei der Kapitalertragsteuer zeichnet das geltende Gesetz die Grundaufteilung der Sphärenverantwortung deutlich bei der Haftung durch § 45a Abs. 7 EStG vor. Die Haftung nach § 45a Abs. 7 EStG ist, wie Satz 3 im Zusammenspiel mit vom Reformvorhaben nicht tangierten Satz 2 zeigt, bislang sachgerecht danach ausgerichtet, in welcher Sphäre die Ursache für die unrichtige Bescheinigung fällt: Liegt die Ursache in der Sphäre des Schuldners der Kapitalerträge, so haftet er *statt* des Kreditinstituts nach § 45a Abs. 7 Satz 2 EStG²¹¹. Diese tiefere Bedeutung und sachliche Berechtigung der Sphärenverantwortung verkennt aber der Regierungsentwurf mit dem Streichungsvorschlag von § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG (dazu noch sub V.). Dabei betrifft die Verteilung der Sphärenverantwortung im Vollzugsdreieck der Indienstnahme Privater nicht nur die Sekundärfolge der Haftung, sondern bereits die Primärpflichten der Kreditinstitute beim Kapitalertragsteuervollzug. Grundsätzlich können die Kreditinstitute ohne eigene weitreichende Ermittlungspflicht auf den vorhandenen Informationen aus ihrer eigenen Sphäre aufbauen und fremde Informationen „ohne weitere Prüfung“²¹² für den Steuervollzug zugrunde legen. Nur die ungeprüfte Weitergabe der aus der fremden Sphäre stammenden Informationen lässt sich auf die Leitentscheidung zur Kuponsteuer stützen. Wenn zum Regierungsentwurf gefragt wird, „inwieweit es aus Sicht des

²⁰⁶ EuGH, Urteil v. 21.2.2008 – Rs. C-271/06, *Netto Supermarkt*, DStR 2008, 450 – Rz. 22 f.

²⁰⁷ Deutlich *Stadie*, UStG, 3. Aufl. 2015, § 6a Rz. 54: „Der Unternehmer darf nur solche Risiken tragen, die in seiner Einflussosphäre liegen“.

²⁰⁸ Dietlein/*Drüen*, Grundlagen und Reichweite des Vertrauensschutzes bei Ausfuhrlieferungen im nichtkommerziellen Reiseverkehr, 2010, S. 52 ff.

²⁰⁹ *Stadie*, UStG, 3. Aufl. 2015, § 6a Rz. 88 mit dem zutreffenden Hinweis, dass Vertrauensschutz zugunsten des gutgläubigen Unternehmers auch zu gewähren wäre, wenn es § 6a Abs. 4 Satz 1 UStG nicht gäbe:

²¹⁰ Der Gesetzgeber trägt dem Sphärengedanken bei unzureichender Mitwirkung des Vertragspartners von Kreditinstituten auch durch die sog. Vergeblichkeitsmeldung nach § 154 Abs. 2c AO Rechnung. Im Lohnsteuerrecht hat der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer keine Angabe oder eine erkennbar unrichtige Angabe zu Drittzwendungen macht, dies dem Betriebsstättenfinanzamt anzuzeigen (§ 38 Abs. 4 S. 3 Hs. 2 EStG).

²¹¹ *Jachmann-Michel*, in Blümich, § 45a EStG Rz. 63 (Juli 2020); *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 141; *ders.*, jM 2021, 114 (121); ebenso *Geurts*, in Bordewin/Brandt, EStG, § 45a Rz. 111 (April 2020).

²¹² Nochmals BVerfG, Beschluss v. 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, BVerfGE 22, 380 – Rz. 11.

Gesetzgebers gewollt ist, Informationen auf Zuruf des Steuerpflichtigen zu verarbeiten²¹³, so ist nur diese Form der Informationsweitergabe aus fremden Sphären „auf Zuruf“ bislang verfassungsgerichtlich entschieden. Wenn die Kreditinstitute künftig dagegen als Ermittlungshelfer der Finanzbehörde tätig werden sollen und die Glaubwürdigkeit ihrer Vertragspartner und die Güte ihrer Angaben beurteilen und fachlich bewerten sollen, so ist das keine herkömmliche Indienstnahme Private mehr. Einerseits würde sich wegen des gesetzlich ausgelösten Ermittlungs- und Verifikationsaufwands, unmittelbar und mit vollem Recht die Vergütungsfrage stellen. Andererseits müsste diese private Ermittlungsaufgabe deutlich im Gesetz angelegt sein und der Ermittlungshelfer als „Werkzeug“ des Hoheitsträgers administrativ angeleitet werden, um der finanzbehördlichen Letztverantwortung gerecht zu werden (s. bereits IV. 2.). An beiden Grundlagen mangelt es indes (bislang) im Gesetzgebungsvorhaben, weshalb die Ermittlung außerhalb der eigenen Sphäre des Pflichtenträger an (verfassungs-)rechtliche Grenzen stößt.

4. Erfüllbare und zumutbare Angaben aus der Informationssphäre der Kreditinstitute

Bei der Erweiterung der Informationspflichten im Rahmen der Steuerbescheinigung muss der Gesetzgeber fragen, was an gewünschten Angaben leistbar und den Kreditinstituten als Indienstgenommenen zumutbar ist. Denn die Grundsätze der Erfüllbarkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit gelten für konkret-individuelle Mitwirkungsverlangen²¹⁴, aber als Ausprägungen der rechtstaatlichen Verhältnismäßigkeit auch für generelle-abstrakte Mitwirkungspflichten kraft Gesetzes (s. bereits III. 4.). Immerhin nimmt der Gesetzgeber, der im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes zugunsten der Finanzverwaltung nunmehr den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit normiert hat (§ 88 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 AO) auf „unverhältnismäßigen Aufwand“ in § 88 Abs. 4 Satz 1 AO Rücksicht und erlaubt in diesem Fall, auf die Weiterleitung von Daten zu verzichten. Diese Rücksichtnahme darf nicht auf staatliche Behörden beschränkt bleiben. Das Verhältnismäßigkeitsgebot fordert gleichermaßen eine Freistellung von „unverhältnismäßigen Aufwand“ für Indienstgenommene Private. Nach allgemeinen Grundsätzen gibt es zu Unmöglichem ohnehin keine Verpflichtung („impossibilia non obligatio“).

Soweit der Bundesfinanzhof jüngst die besondere Verantwortung der Rentenversicherer wegen ihrer angeblich „überragend wichtige[n] Funktion im Gemeinwesen“ als

²¹³ So *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638) m.w.N. sowie ebd., 639. „Eine Prüfmöglichkeit der depotführenden Stelle scheidet mangels direkter Geschäftsbeziehung aus“.

²¹⁴ Dazu *Söhn*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 90 Rz. 72 ff. (April 2020).

pflichtenverschärfendes Angemessenheitskriterium begreift²¹⁵, ist das fragwürdig, aber jedenfalls nicht auf Kreditinstitute übertragbar. Der Fürsorgegedanke vermag insoweit den Steuerpflichtigen entlasten, nicht aber die Pflichten der Kreditinstitute gegenüber dem Staat intensivieren.

Die rechtfertigungsbedürftige Indienstnahme ist auf den Indienstnahmezweck begrenzt²¹⁶. Eine Überdehnung des Rechtsgrundes der Indienstnahme Privater droht gerade beim Kapitalertragsteuervollzug, wenn das Kreditinstitut nicht über alle erforderlichen Informationen verfügt²¹⁷. Bei der Indienstnahme grenzt die erforderliche Sach- und Verantwortungsnähe des Dritten (s. bereits III. 4.) die Informationspflichten auf den Kreis der in der eigenen Sphäre verfügbaren Informationen ein (s. bereits IV. 3.). Allein Marktkontakte erweitern den Informationszugriff des Dritten – ohne hoheitliche Befugnisse (s. bereits IV. 2.) – nicht auf die Informationssphäre seiner Vertragspartner. Unter gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen mag die Informationssphäre wegen rechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten im Sinne einer „Konzernverantwortung“ (vgl. § 38 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz EStG zu Drittvergütungen bei der Lohnsteuer) erweitert sein²¹⁸, aber reine schuldrechtliche Beziehungen bewirken keine Ausdehnung der Sphäre der Informationsherrschaft. Insoweit sind der geplanten Informationsbeschaffung, -verarbeitung und -verwaltung der Kreditinstitute durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen gesetzt.

Aus dem neuen Katalog der geplanten Melde- und Bescheinigungspflichten für Kreditinstitute nach § 45b Abs. 2 EStG-E liegen folgenden Angaben aus Bankensicht²¹⁹ – ggfs. nach Anpassung der Informationsflüsse – in der Informationssphäre der Kreditinstitute und sind regelmäßig von ihnen erfüllbar:

- § 45b Abs. 2 Nr. 1 EStG-E: Die für natürliche Personen geforderte Identifikationsnummer nach § 139b AO des Gläubigers der Kapitalerträge liegt weitgehend vor, wenngleich Lücken bei Steuerausländern bestehen. Bei nicht

²¹⁵ BFH, Urteil v. 20.2.2019 – X R 28/17, BStBl. II 2019, 430 – Rz. 50: „Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsgrundsätze werden die mitteilungspflichtigen Stellen nicht unangemessen belastet. Sie haben – ähnlich wie die Arbeitgeber in Bezug auf die Arbeitnehmer – eine besondere Verantwortung für die Leistungsempfänger übernommen, denn sie tragen im Regelfall Sorge für deren finanzielle Versorgung im Alter. Damit üben sie zugleich eine überragend wichtige Funktion im Gemeinwesen aus. Die Unterstützung sowohl der Finanzverwaltung beim Vollzug der Rentenbesteuerung als auch – damit mittelbar verbunden – der Leistungsempfänger bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten ist Ausfluss dieser Verantwortung“.

²¹⁶ Zuletzt *Farinato*, jM 2021, 114 (122).

²¹⁷ Vgl. bereits *Drüen*, DStJG 31 (2008), S. 167 (186, Note 131).

²¹⁸ Dazu *Krüger*, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 38 Rz. 6; kritisch *Drüen*, FR 2004, 1134 (1145 f.) m.w.N.

²¹⁹ Die folgende Zusammenstellung stützt sich mangels eigener Kenntnis der Bankensancen auf die jüngste Darstellung von *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638 f.).

natürlichen Personen sind die Informationen über Firma oder Name und Anschrift vorhanden. Die Wirtschafts-Identifikationsnummer nach § 139c AO wird nach ihrer Vergabe vorliegen.

- § 45b Abs. 2 Nr. 2 EStG-E: Der Bruttobetrag der Kapitaleinträge, der je Wertpapiergattung und Zahlungstag vom Gläubiger der Kapitalerträge erzielt worden ist, liegt vor, ebenso die Bezeichnung der Internationalen Wertpapierkennnummer (WKN) des Wertpapiers.
- § 45b Abs. 2 Nr. 3 EStG-E: Die Informationen zum Betrag der je Wertpapier und Zahlungstag einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer und dem Betrag der einbehaltenen und abgeführten Zuschlagsteuern ohne Berücksichtigung einer Ermäßigung wegen Kirchensteuer und vor Berücksichtigung des Sparer-Pauschbetrages sind zumindest bei betrieblichen Erträgen vorhanden. Bei Privatdepots hingegen müssen diese Informationen erst aufbereitet werden, weil sie bislang nicht benötigt werden.
- § 45b Abs. 2 Nr. 4 EStG-E: Die „Höhe des jeweils angewendeten Steuersatzes“ bedarf zwar weiterer Konkretisierung, aber keiner Ergänzung durch Daten von Dritten.
- § 45b Abs. 2 Nr. 5 EStG-E: Die Stückzahl der Wertpapiere je Wertpapiergattung und Zahlungstag liegen vor. Zudem kennt das Kreditinstitut die Angabe, ob die Aktien mit oder ohne Dividendenanspruch geliefert wurden.
- § 45b Abs. 2 Nr. 6 EStG-E: Hinsichtlich der Anschaffung der Wertpapiere ist das Datum des Handelstags durch die Depotbuchhaltung bekannt, das Datum des vereinbarten Abwicklungstags in der Praxis nicht vorhanden²²⁰.
- § 45b Abs. 2 Nr. 7 EStG-E: Bezüglich der Veräußerung der Wertpapiere, soweit die Wertpapiere innerhalb von 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge veräußert wurden, ist das Datum des Handelstags grundsätzlich bekannt. Das Datum des vereinbarten Abwicklungstags ist in der Praxis nicht vorhanden und das Datum des tatsächlichen Abwicklungstags liegt jedenfalls dann vor, wenn sich damit auf das Datum des Settlementtages (Valuta) bezogen wird. Die Information zur Stückzahl der veräußerten Wertpapiere ist vorhanden²²¹.

²²⁰ Näher *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638 f.).

²²¹ Näher und kritisch zum 45-Tages-Zeitraum *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (639).

- § 45b Abs. 2 Nr. 9 EStG-E: Bei Inlandssachverhalten liegt die Konto- oder Depotnummer des Gläubigers der Kapitalerträge dem Kreditinstitut vor. Ebenso liegen bei Inlandssachverhalten für Treuhanddepots die Konto- oder Depotnummer des Treuhänders und der zugehörigen Angaben nach Nr. 1 für den Treuhänder vor.

Bei diesen geforderten Angaben besteht z.T. noch Präziserungsbedarf²²², aber sie sind aus der Informationssphäre der Bank beschaffbar. Die Vervielfältigung der Meldungen wegen § 45b Abs. 6 Satz 1 EStG-E²²³ und die Doppelung der Meldungen durch die Pflicht zu zusammenfassenden Meldungen nach § 45c EStG-E²²⁴ mögen aufwändig und lästig sein²²⁵, sind aber „aus eigener Kraft“ erfüllbar.

Außerhalb der eigenen Informationssphäre der Kreditinstitute liegen aber folgende nach § 45b Abs. 2 EStG-E geforderten Angaben:

- § 45b Abs. 2 Nr. 5 EStG-E: Den depotführenden Stellen liegen regelmäßig keine Informationen zu bestehenden Wertpapierleihe- oder Wertpapierpensionsgeschäften vor²²⁶, außer sie sind als Vertragspartner direkt in die Wertpapierleihe bzw. das Wertpapierpensionsgeschäft involviert. Da die Stücke nur per Depotein- oder -ausgang gebucht werden, ist die Wertpapierleihe nicht von einem normalen Depotübertrag zu unterscheiden²²⁷. Unabhängig von der zivilrechtlichen Abwicklung liegt einkommensteuerrechtlich in allen Varianten ein Depotübertrag auf einen anderen Gläubiger (Depot des Verleihers auf Depot des Entleihers) vor, der nach § 43 Abs. 1 Satz 4 EStG als Veräußerung fingiert wird. Ferner fehlt dem Kreditinstitut die Angabe, ob bei der Anschaffung der Aktien die Lieferung von Aktien mit oder ohne Dividendenanspruch vereinbart wurde²²⁸.
- § 45b Abs. 2 Nr. 6 EStG-E: Hinsichtlich der Übertragung der Wertpapiere auf der Grundlage einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäftes sind weder das Datum des Handelstags, das Datum des vereinbarten und tatsächlichen Abwicklungstags noch die jeweilige Stückzahl vorhanden, weil (s. Nr. 5) bereits keine Kenntnis über eine Wertpapierleihe/eines Wertpapierpensionsgeschäftes besteht²²⁹.

²²² Vgl. die jeweiligen „Hinweise für depotführende Stellen“ bei *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638 f.).

²²³ Dazu *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (641).

²²⁴ Dazu *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (642).

²²⁵ Kritisch insoweit *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (55).

²²⁶ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638).

²²⁷ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638).

²²⁸ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (638).

²²⁹ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (55).

- § 45b Abs. 2 Nr. 7 EStG-E: Aus den genannten Gründen sind bezüglich der Rückübertragung auf Grund einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäftes, soweit die Wertpapiere innerhalb von 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge rückübertragen wurden, weder Datum des Handelstags, Datum des vereinbarten oder tatsächlichen Abwicklungstags noch Stückzahl bekannt.
- § 45b Abs. 2 Nr. 8 EStG-E: Die Kreditinstitute haben ohne Mitwirkung der ausländischen Institute keine Kenntnis von den in die Verwahrkette nacheinander eingebundenen in- oder ausländischen Zwischenverwahrstellen der Wertpapiere bzw. Depotbank, die die unmittelbare Verwahrung für den Gläubiger übernehmen, weil sie selbst lediglich ein Depot zugunsten des ersten Zwischenverwahrers führen²³⁰.
- § 45b Abs. 2 Nr. 9 EStG-E: Bei Auslandssachverhalten liegen wie bei Verwahrketten (Nr. 8) die Konto- oder Depotnummer den Kreditinstituten regelmäßig nicht vor. Dasselbe gilt bei Auslandssachverhalten für Treuhanddepots.

Bei einer konsequenten Ausrichtung auf den Indienstahmegrund für Kreditinstitute beim Kapitalertragsteuervollzug wäre in den letztgenannten Fällen die gesetzliche Pflicht einfach durch eine entsprechende Negativmeldung zu erfüllen. Verfügt das Kreditinstitut nicht über die entsprechenden Informationen und fehlt eine gesetzlich hinreichend abgesicherte Ermittlungspflicht mit hinreichenden Ermittlungsbefugnissen (s. bereits IV. 2.), so kann nicht mehr verlangt werden. Eine Befragungspflicht insbesondere bei ausländischen Instituten normiert das Gesetz im bisherigen Entwurf zum AbStEntModG nicht. Ohne gesetzliche Normierung wird eine parallele Befragungspflicht auch im Lohnsteuerrecht bei Vorteilsgewährung im Konzernverbund mehrheitlich (und zu Recht) abgelehnt²³¹.

Auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist der Steuerpflichtige trotz der gesteigerten Mitwirkungspflicht nach § 90 Abs. 2 AO nicht verpflichtet, Beweismittel, die nicht in seiner Sphäre existieren, zu kreieren²³². Er ist zwar zur Beweisvorsorge (§ 90 Abs. 2 Satz 1 AO) verpflichtet, aber diese Pflicht steht unter dem Vorbehalt der „bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten“ (§ 90 Abs. 2 Satz 2 AO). Von den Beteiligten kann nicht mehr gefordert werden, als das, was nach Recht und Gesetz durchsetzbar ist (rechtliche Möglichkeit)

²³⁰ Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (639); nach Beckert/Schober, RdF 2021, 49 (56) hängt das Ausstellen von Steuerbescheinigungen bei Verwahrketten „weitgehend vom Wohlwollen ausländischer Depotbanken ab“.

²³¹ Explizit Eisgruber, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 38 Rz. 12; gegen eine gesetzliche Pflicht, sich Kenntnis zu verschaffen, auch Krüger, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 38 Rz. 7; für eine Nachforschungsobliegenheit des Arbeitgebers bei Vorteilsgewährungen innerhalb des Konzernbereichs aber Pflüger, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 38 EStG Anm. 40 (Okt. 2018).

²³² Seer, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 34 (Okt. 2017).

oder aus der Besonderheit des Einzelfalls, der Einflussmöglichkeit auf Grund wirtschaftlicher oder tatsächlicher Macht oder aus den konkreten Geschäftsbeziehungen (tatsächliche Möglichkeit) abgeleitet werden kann²³³. An der tatsächlichen Möglichkeit zur Beweisvorsorge kann es fehlen, wenn der ausländische Vertragspartner die Kooperation verweigert und der Steuerentrichtungspflichtige über keine Verhandlungsmacht verfügt, sich Beweismittel sichern zu lassen²³⁴. Diese Grundsätze gelten auch für den Kapitalertragsteuervollzug. Eine Indienstnahme Privater bei Auslandssachverhalten bedarf ebenfalls der Rechtfertigung am Verhältnismäßigkeitsmaßstab²³⁵. Selbst wenn man nach dem Entwurf zum AbzStEntModG eine Befragungspflicht des Vertragspartners annehmen wollte, würde das Kreditinstitut diese im Falle unzureichender Mitwirkung des Vertragspartners durch Nicht- oder erkennbare Falschankunft durch Vergeblichkeitsmeldung (§ 154 Abs. 2c AO analog) erfüllen. Der Erkenntnisgewinn für die Finanzverwaltung wäre überschaubar.

Gerade bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der Gesetzgeber aber den Informationsmehrwert für den Staat aus der Meldepflicht mit dem Mehraufwand der Betroffenen ins Verhältnis zu setzen. Das hat der Bundesrat zutreffend angemahnt²³⁶. Er hat – aufbauend auf der Empfehlung von dem Finanzausschuss und dem Wirtschaftsausschuss²³⁷ – am 5. März 2021 zu § 45b EStG-E (insbesondere) beschlossen²³⁸:

„Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die vorgesehenen erweiterten Angaben in der Steuerbescheinigung daraufhin zu überprüfen, dass die Praxistauglichkeit in einem Massenverfahren wie dem Kapitalertragsteuerabzug für Abzugsverpflichtete wie auch für die Steuerverwaltung weiterhin gewährleistet ist. *Dabei ist zu berücksichtigen, dass die geforderten Daten, insbesondere zu den Zwischenverwahrern, der auszahlenden Stelle nicht vorliegen und allenfalls mit erheblichem Aufwand beschafft werden können.* Darüber hinaus wäre es aus Sicht des Bundesrates zielführend, zur Reduzierung des bürokratischen Aufwands die erweiterten Angaben in der Steuerbescheinigung erst dann einzufordern, wenn die zugrundeliegenden Kapitalerträge eine bestimmte Schwelle von beispielsweise 20 000 Euro übersteigen.

[...] In gleicher Weise sollten die zusätzlichen Meldepflichten der Zwischenverwahrer auf ihre Praxistauglichkeit hin überprüft werden. Dabei sollte insbesondere berücksichtigt werden, dass personenbezogene Daten der Endkunden sowie Angaben zu den vertraglichen Vereinbarungen der Wertpapierübertragungen mitgeteilt werden sollen, *die den Zwischenverwahrern bisher nicht vorliegen.*

²³³ Roser, in Gosch, AO/FGO, § 90 AO Rz. 51 (Aug. 2017).

²³⁴ Seer, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 34 (Okt. 2017); a.A. Krüger, Umfassende Vorlagepflicht von Konzernunternehmen in der Außenprüfung bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, IStR 2017, 352 (356).
²³⁵ Zu Recht restriktiv Widmann, DStJG 31 (2008), S. 295 (304).

²³⁶ Sehr deutlich zu § 45b Absatz 9 EStG-E Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des AbzStEntModG v. 5.3.2021, S. 16 f.

²³⁷ Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf des AbzStEntModG v. 22.2.2021, BR-Drucks. 50/1/21, S. 15.

²³⁸ BR-Drucks. 50/21, S. 15.

Aus Sicht des Bundesrates sollten nur Daten gemeldet werden müssen, die durch zumutbare vertragliche Anpassungen verfügbar gemacht werden können.“

Die Gewähr der Praxistauglichkeit muss im weiteren Verfahrensgang gesichert werden²³⁹. Sofern im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die intendierten Abfragepflichten hinreichend deutlich normativ verankert werden, ist ganz im Sinne des Bundesrates eine verhältnismäßige Eingrenzung solcher Informationsbeschaffungspflichten geboten. Nicht nur die Belastung der Indienstgenommenen, sondern vor allem der erhoffte Erkenntnisgewinn für die Finanzverwaltung, „um insbesondere gewerbsmäßigen Betrugsmodellen wirksamer zu begegnen“²⁴⁰, sprechen für Meldeschwellen in deutlich höheren Größenordnungen²⁴¹, bei denen Kleinanleger außenvor bleiben. Immerhin hat der Bundesrat das Verhältnismäßigkeitsproblem klar erkannt und benannt. Die konkrete Grenze ist dem politischen Kompromiss überantwortet.

V. Voraussetzungen der Haftungsanspruchnahme der Kreditinstitute bei unrichtigen Steuerbescheinigungen

1. Korrelation von Handlungspflicht, Kostenlast und Haftungsrisiko

Da mit der Ausweitung der Informationspflichten zugleich eine Verschärfung der Haftungsverantwortlichkeit einhergeht²⁴², stellt sich die Frage, ob bei Verwirklichung der Reformpläne die Ausgestaltung des Indienstnahmeverhältnisses bei der Kapitalertragsteuer weiterhin insgesamt verfassungsmäßig ist. Das wird zum Teil für alle Steuererichtungspflichten deutlich verneint, weil stets „eine grob schuldhaft Verletzung der Einbehaltungspflicht Voraussetzungen der Haftung“ sei²⁴³. Verschuldensunabhängige Haftungstatbestände sind danach nicht nur im Einzelfall, sondern generell rechts- und verfassungswidrig, weil sie in ihrer Voraussetzungslosigkeit gegen das rechtsstaatliche Übermaßverbot verstoßen²⁴⁴. Diese strikte Position verweist darauf, es sei „ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Zivil- und im Öffentlichen Recht, daß für Pflichtverletzungen nur bei Verschulden gehaftet wird. Eine verschuldensunabhängige Haftung wäre unverhältnismäßig“²⁴⁵. Auf derselben Linie liegt die Feststellung, dass die steuerrechtliche Sanktionshaftung weit über vergleichbare Sanktionsregelungen des öffentlichen und des

²³⁹ Zustimmung zur Prüfbitte auch *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (639).

²⁴⁰ RegE, S. 1.

²⁴¹ *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (640, 643) plädieren für eine Schwelle von 50.000 € oder 100.000 €. Gegen diese „Asymmetrie“ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (56).

²⁴² So *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rz. 140.

²⁴³ So *Hey*, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (287).

²⁴⁴ So *Stadie*, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rz. 140.

bürgerlichen Rechts hinausgehe, die durchweg ein schuldhaftes Verhalten voraussetzen²⁴⁶. Daran knüpft die jüngste Kritik am AbzStEntModG (implizit) an, wonach auch außerhalb des Steuerrechts eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung eine Ausnahme sei²⁴⁷.

Diese generelle Forderung nach nur verschuldensabhängiger Haftung im Steuerrecht ist nachvollziehbar und gut begründet²⁴⁸, aber bereits im geltenden Recht nicht verwirklicht. Denn im Gegensatz zur verschuldensabhängigen Haftung für die Kapitalertragsteuer, bei welcher der Schuldner den Entlastungsnachweis führen muss (§ 44 Abs. 5 Satz 1 EStG)²⁴⁹, ist namentlich die Haftung des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug (§ 42d EStG) nach h.M.²⁵⁰ verschuldensunabhängig ausgestaltet, was freilich auf – berechnete – verfassungsrechtliche Kritik gestoßen ist²⁵¹. Die einzelnen Pflichten sind unterschiedlich ausgestaltet und das haftungsvermeidende Institut der Lohnsteuer-Anrufungsauskunft (§ 42e EStG)²⁵² ist bei der Kapitalertragsteuer nicht vorgesehen²⁵³. Angesichts der Haftungsheterogenität *de lege lata* wird die Rechtsprechung kategorische Einwände gegen eine verschuldensunabhängige Haftung kaum erhören.

Statt einer generellen Aussage zur verfassungsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung sind daher für die einzelne Indienstnahme Privater konkrete Wertungen erforderlich, weil es auf die Gesamtverhältnismäßigkeit bei der Ausgestaltung des Indienstnahmeverhältnisses²⁵⁴ ankommt²⁵⁵. Der (Reform-)Gesetzgeber hat durchaus Ausgestaltungsspielräume. Bei der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug korrelieren Pflichtenintensität, Haftung und Kostenausgleichsansprüche miteinander²⁵⁶. Zu Recht wird gerügt, dass Pflichtenkomplexität, verschuldensunabhängige Haftung und fehlender Kostenausgleich nicht zusammen passen²⁵⁷. Sofern der Gesetzgeber eine

²⁴⁶ Kruse, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 160.

²⁴⁷ Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (635); ähnlich Schurowski, FR 2021, 204 (218).

²⁴⁸ So bereits Driën, DStR-Beih. 2012, 85* (94*).

²⁴⁹ Zu den Haftungsvoraussetzungen, zum vermuteten Verschulden und zur Exkulpationsmöglichkeit des Entrichtungspflichtigen näher Gersch, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 44 Rz. F 11 ff., F 20 ff. (Jan. 2012); zuletzt zur beschränkt akzessorischen Verschuldenshaftung nach § 44 Abs. 5 EStG Farinato, jM 2021, 114 (116 ff.).

²⁵⁰ Eisgruber, in Kirchhof/Seer, EStG, 20. Aufl. 2021, § 42d Rz. 18; Wagner, in Blümich, EStG, § 42d Rz. 58 ff. (Mai 2020); Loose, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 191 AO Rz. 54 (Aug. 2018) m.w.N.

²⁵¹ Zur Kritik bereits Friedrich, Muß der Bürger als Steuereinheber strenger haften als der Finanzbeamte?, DB 1984, 1114 (1115 ff.); Gersch, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 42d EStG Anm. 23 (Nov. 2018); Sauer, Die rechtliche Stellung des zur Einbehaltung von Steuern Verpflichteten, 2010, S. 91 ff.

²⁵² Krüger, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 42e Rz. 1.

²⁵³ Jachmann-Michel, in Blümich, § 44 EStG Rz. 2 (Juli 2020).

²⁵⁴ Dieses nimmt zuletzt auch Farinato, jM 2021, 114 (118) an.

²⁵⁵ Driën, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 300 ff., 309 ff.; zustimmend Schurowski, Der automatische Austausch von Finanzkonteninformationen in Steuersachen, 2020, S. 223 ff.

²⁵⁶ Driën, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 379 ff.

²⁵⁷ Driën, DStJG 31 (2008), S. 167 (198) m.w.N.

Vergütung oder zumindest einen Kostenersatz für die Indienstnahme einführt, fällt die Bewertung aber anders aus: Wenn der Staat dem privaten Pflichtenträger für die haftungsbewehrte Pflichtenstellung einen angemessenen, ggf. typisierten Kostenersatz zahlt, wird dieser in die Lage versetzt, ohne eigene Belastung fachlich vorgebildetes Personal für die Steuervollzugsaufgaben einzusetzen. Der Kostenersatz macht zugleich Qualitätsvorgaben für den Steuerabzug und macht Maßnahmen der Qualitätssicherung zumutbar. Er rechtfertigt die verschuldensunabhängige Haftung für die ordnungsgemäße Erfüllung der gesetzlich auferlegten Steuervollzugsaufgabe²⁵⁸. Allerdings ist ein Kostenausgleich im aktuellen Reformvorhaben nicht vorgesehen (s. bereits III. 4.). Der Reformgesetzgeber bewegt sich vielmehr in den bekannten Bahnen der unentgeltlichen Indienstnahme Privater, was die Rechtfertigungslast für eine verschuldensunabhängige Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit erhöht.

2. Verfassungswidrigkeit einer Garantiehaftung ohne Exkulpationsmöglichkeit

Die neue „Sanktionsnorm des § 45a Abs. 7 EStG“²⁵⁹ wird als „überbordende Haftungsregelung“²⁶⁰ kritisiert. Eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung ohne Exkulpationsmöglichkeit wird als verfassungsrechtlich zweifelhaft angesehen²⁶¹. Neben der Kritik aus der Kreditwirtschaft²⁶² erachtet auch die Bundessteuerberaterkammer eine Haftung für Umstände, die nicht in der Sphäre des Ausstellers liegen, als „überbündend“ und regt ein Überdenken der Streichung des § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG an²⁶³. Dem ist mit Nachdruck zuzustimmen. Die Haftungsnorm des § 45a Abs. 7 EStG sichert wie § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG die Kapitalertragsteuerschuld. Die erfasste Gefahr für das Quellensteueraufkommen rührt daher, dass der Steuerschuldner mithilfe einer unrichtigen Bescheinigung²⁶⁴ die Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf seine Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerschuld erreicht (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG, bei Körperschaften i.V.m. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG) und dadurch das Quellensteueraufkommen im Ergebnis verloren geht²⁶⁵. Die Haftung betrifft nicht die Verletzung der Einbehaltungs- und Abführungspflicht, sondern die Verletzung der

²⁵⁸ *Drüen*, DStJG 31 (2008), S. 167 (199); *ders.*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 383.

²⁵⁹ *Schurowski*, FR 2021, 204 (205, 217).

²⁶⁰ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (54).

²⁶¹ *Schurowski*, FR 2021, 204 (218).

²⁶² Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft zum Referentenentwurf des AbzStEntModG v. 10.12.2020, S. 2-4; zuletzt Stellungnahme des Verbandes der Auslandsbanken in Deutschland e.V. zum Regierungsentwurf des AbzStEntModG v. 9.2.2021, S. 2 f.

²⁶³ Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer zum Referentenentwurf des AbzStEntModG v. 20.12.2020, S. 2.

²⁶⁴ Zur Vorlage der Kapitalertragsteuerbescheinigung als materielle Tatbestandsvoraussetzung für die Anrechnung BFH, Urteil v. 12.2.2008 – VII R 33/06, BStBl. II 2008, 504 – Rz. 8; R 36 Satz 1 EStR.

²⁶⁵ *Farinato*, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 139.

eigenständigen Bescheinigungspflicht²⁶⁶. Bislang ist die Haftung des Kreditinstituts ausgeschlossen, wenn unrichtige Angaben für eine Bescheinigung aus der Sphäre des Schuldners der Kapitalerträge stammen (s. bereits IV. 3.). Die Preisgabe der sachgerechten Ausrichtung der Haftung an der Sphärenverantwortung im Indienstnahmeverhältnis ist übermäßig und gleichheitswidrig.

a) Garantiehafung für Fremdverhalten als Verstoß gegen das Übermaßverbot

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (s. bereits III. 4.) setzt der Haftung von Dritten für Steuerschulden Grenzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber zwar nicht darauf beschränkt, Private nur dann in Dienst zu nehmen, wenn ihre berufliche Tätigkeit unmittelbar Gefahren auslösen kann oder sie hinsichtlich dieser Gefahren unmittelbar ein Verschulden trifft, weil insoweit eine hinreichende Sach- und Verantwortungsnähe zwischen der beruflichen Tätigkeit und der auferlegten Verpflichtung ausreicht²⁶⁷. Selbst wenn danach auf der primären Ebene eine Mitwirkungspflicht gerechtfertigt wäre, würde dies nicht zugleich auch auf der Sekundärebene eine Garantiehafung rechtfertigen. Haftung setzt neben einem Anlass (Fehler) auch einen Haftungsgrund gerade des Haftenden voraus. Das Einstehenmüssen für die Steuerschuld eines Dritten bedarf immer eines Haftungsgrundes, der durch einen gesetzlichen Haftungstatbestand ausgeprägt wird²⁶⁸. Der zuständige Normgeber muss einen „Sachgrund“ normieren, der die Inanspruchnahme eines Haftungsschuldners „sachlich rechtfertigt[t]“, wobei es nicht ausreicht, dass dieser die Kriterien „gewissermaßen nur zufällig“ erfüllt²⁶⁹. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt bei der Haftung von Dritten für Steuerschulden eines anderen an diesem sachlichen Haftungsgrund an²⁷⁰. Der Gesetzgeber darf die Haftung eines Dritten für eine ihn eigentlich nicht treffende Steuerschuld nur anordnen, wenn ein hinreichender Sachgrund für das Einstehenmüssen des Dritten für eine fremde Steuerschuld vorliegt²⁷¹. Andernfalls würde die Haftung zum

²⁶⁶ Jachmann-Michel, in Blümich, § 45a EStG Rz. 61 (Juli 2020); Farinato, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 140 f.

²⁶⁷ BVerfG, Urteil v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260 – Rz. 301.

²⁶⁸ Zum „Rechtsgrund“ der Haftung Nacke, Haftung für Steuerschulden, 4. Aufl. 2017, Rz. 1.3.

²⁶⁹ BVerwG, Urteil v. 23.1.2019 – 9 C 1/18, juris – Rz. 31.

²⁷⁰ Deutlich BVerwG, Urteil v. 23.1.2019 – 9 C 1/18, juris – Rz. 31 (Hervorhebungen durch *Verf.*) zum verfassungsrechtlichen Rahmen der auf einem Sachgrund beruhenden Haftung im Steuerrecht: „Falls eine Haftungsnorm ihrem Wortlaut und dem anhand der üblichen Auslegungsmethoden ermittelten *Begriffsverständnis nach zu weit gefasst ist, kann eine verfassungskonforme Einschränkung in Betracht kommen, die sich daran orientiert, ob und inwieweit ein hinreichender Sachgrund (Art. 3 Abs. 1 GG) für die Haftung besteht.* Das setzt aber voraus, dass der Sachgrund auch ohne die betreffende Einschränkung jedenfalls im Regelfall gegeben ist.“

²⁷¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 18.12.2012 – 1 BvR 1509/10, NJW 2013, 1357 – Rz. 17; ebenso BVerwG, Urteil v. 23.1.2019 – 9 C 1/18, juris – Rz. 20.

(verdeckten) Steuertatbestand. Der Haftungsgrund ist der „Rechtfertigungsgrund“²⁷², aus dem sich Grund und Grenzen der Inanspruchnahme Dritter ergeben. Grund und Grenze der Steuerhaftung müssen dabei bereits auf Tatbestandsebene dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen²⁷³.

Die Haftung für Steuern ist grundsätzlich nicht auf eine verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht bezogen, sondern auf die Steuerschuld²⁷⁴. Begrifflich heißt „haften“ im Steuerrecht das Einstehenmüssen für eine *fremde* Schuld²⁷⁵. Bei der „Fremdhaftung“²⁷⁶ im Steuerrecht muss neben dem Steuerschuldner ein Dritter, der Haftungsschuldner, mit seinem Vermögen für die Steuerschuld eintreten²⁷⁷. Dahinter steht der fiskalische Zweck der Absicherung der Ansprüche des Steuerfiskus²⁷⁸. Der Anspruch des Staates wird auf ein zweites Bein gestellt²⁷⁹. Steuerrechtliche Haftung muss durch einen Zurechnungsgrund gerechtfertigt werden²⁸⁰. Dieser ist bei der geplanten Garantiehafung für Fremdverhalten nicht ersichtlich. Für „eine exkulpationslose Haftung“ der Aussteller von Bescheinigungen verbleibt ein Begründungsdefizit²⁸¹.

Die Regierungsbegründung beruft sich zur Rechtfertigung der Haftungsregelung auf das gewichtige Gemeinwohlinteresse der effektiven Durchsetzung des staatlichen Besteuerungsanspruchs sowie die Verhinderung von Betrug zum Nachteil des Staates²⁸². Der legitime Gemeinwohlzweck ist unstrittig (s. bereits III. 4 b)), rechtfertigt aber keine Garantiehafung der Aussteller.

Soweit das Bundesverfassungsgericht in einem älteren Nichtannahmebeschluss zur Kirchenlohnsteuer apodiktisch die Haftung des Arbeitgebers „durch die in Art 140 GG in Verbindung mit Art 137 Abs 6 WRV gewährleistete Garantie einer ordnungsmäßigen

²⁷² Klein/Rüsken, AO, 15. Aufl. 2020, § 70 Rz. 4.

²⁷³ Deutlich Jatzke, in Gosch, AO/FGO, § 69 AO Rz. 35 (Dez. 2018): „Diese einschränkende Auslegung der ersten Tatbestandsalternative von § 69 Satz 1 AO ist aus den Gesichtspunkten des Schadensersatzcharakters der Haftungsnorm und der Verhältnismäßigkeit geboten.“

²⁷⁴ Jachmann-Michel, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2020, S. 71.

²⁷⁵ Nacke, Haftung für Steuerschulden, 4. Aufl. 2017, Rz. 1.1 m.w.N.; Seer, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 6.63; Stadie, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rz. 131.

²⁷⁶ Mösbauer, Die Haftung für die Steuerschuld, 1990, S. 80.

²⁷⁷ Arndt/Jenzen/Fetzer, Allgemeines Steuerrecht, 3. Aufl. 2016, S. 365.

²⁷⁸ Deutlich Hensel, Steuerrecht, 3. Aufl. 1933, S. 69: Der Steuergläubiger „sichert sich gegen das Leistungsvermögen oder den bösen Willen desjenigen, der in erster Linie zur Leistung berufen erscheint“.

²⁷⁹ Ähnlich bereits Kruse, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 151 „Steuerverhältnis auf mehrere Füße gestellt“.

²⁸⁰ Jachmann-Michel, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl. 2020, S. 71 im Anschluss an Drüen, DStR-Beih. 2012, 85* (93*).

²⁸¹ Ebenso Beckert/Schober, RdF 2021, 49 (54): „lässt der RegE bedauerlicherweise offen“.

²⁸² RegE, S. 47.

Besteuerung“ gerechtfertigt hat²⁸³, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Zunächst ist die pauschale Garantiehafung des privaten Dritten nicht begründet. Selbst wenn der Staat gegenüber den Kirchen das Aufkommen zu garantieren hat, bedeutet dies nicht, dass diese Garantie auf den Indienstgenommenen überbürdet werden darf, zumal der Staat für die Steuereinzahlung von den Kirchen eine Inkassovergütung erhält, an der er die Indienstgenommenen nicht (anteilig) partizipieren lässt²⁸⁴. Weiterhin hat die unzureichend reflektierte Entscheidung des Dreierausschusses keine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG²⁸⁵. Überdies lässt sich ihr keine Garantiepflicht des Indienstgenommenen für unrichtige Fremddeklarationen entnehmen. Das Garantieargument des Staates für ordnungsmäßige Besteuerung gegenüber den Kirchen trifft keine Aussage darüber, wer beim Zusammenwirken mehrerer Beteiligter für wessen Fehler einzustehen hat. Diese Sachfrage ergibt sich aus der – bislang zutreffend – normierten Sphärenverantwortung (s. bereits IV. 3.).

Die Regierungsbegründung versucht eine verschuldensunabhängige Verantwortung der Kreditinstitute zu begründen und verweist für die Frage der Verhältnismäßigkeit dabei – etwas kryptisch²⁸⁶ – auf das Bundesverfassungsgericht, das „zudem regelmäßig auf die Verantwortungsbereiche ab[stelle] (vgl. BVerfG Beschluss vom 20. März 2007, 1 BvR 1047/05, Rz. 54)“²⁸⁷. In diesem Nichtannahmebeschluss zur Bürgenhaftung des Hauptunternehmers für die Zahlung eines Mindestlohns an die von einem Nachunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer nach § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) heißt es an der zitierten Stelle²⁸⁸:

„Eine Unzumutbarkeit der Bürgenhaftung folgt auch nicht daraus, dass sie dem Hauptunternehmer verschuldensunabhängig ohne hinreichende Verantwortungsbeziehung (vgl. BVerfGE 99, 202 <214>) zu dem die Haftung auslösenden Sachverhalt auferlegt würde. Erfüllt der vom Hauptunternehmer beauftragte Nachunternehmer die Mindestlohnansprüche seiner Arbeitnehmer nicht, *verwirklicht sich genau das zusätzliche Risiko, das der Hauptunternehmer geschaffen hat*, indem er sich des Nachunternehmers zur Ausführung der von ihm geschuldeten, aber nicht durch eigene Arbeitnehmer erbrachten Bauleistungen bedient hat. *Weil er dadurch die Beachtung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen aus der Hand gegeben und die Durchsetzung der Regelungsziele des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes erschwert hat, ist es gerechtfertigt, ihm die Mitverantwortung für die Erfüllung der Mindestlohnansprüche der auch in seinem Interesse auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer zuzuweisen*. Dabei gibt der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt keinen Anlass zu überprüfen, in welchem Umfang eine Bürgenhaftung des

²⁸³ BVerfG, Dreierausschussbeschluss v. 17.2.1977 – 1 BvR 33/76, BVerfGE 44, 103 (104).

²⁸⁴ Zur Kritik bereits *Kruse*, Rechtshistorische und rechtsvergleichende Prolegomena zum Lohnsteuerrecht, DStJG 9 (1986), 1 (7); *ders.*, Über Dienstleistungspflichten und Haftung, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 169 (171); zuletzt *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 43 AO Rz. 8 (Febr. 2021) m.w.N.

²⁸⁵ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 162.

²⁸⁶ Kritisch zur Argumentation mit dem Verantwortungsbereich und der verbundenen Herrschaft über Daten auch *Schurowski*, FR 2021, 204 (220) m.w.N.

²⁸⁷ RegE, S. 47.

²⁸⁸ BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, DB 2007, 978 – Rz. 54 (Hervorhebung durch den Verf.).

Hauptunternehmers für den tariflichen Mindestlohn nach § 1 a AEntG auch im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers besteht.“

Die Entscheidung und ihre Begründung sind plausibel, haben aber keinen Bezug zur geplanten Garantiehaftung ohne Exkulpationsmöglichkeit für Bescheinigungen über Kapitalertragsteuer. Eine Mitverantwortung der Banken lässt sich damit nicht begründen. Der Hauptunternehmer, entledigt sich eigenen Pflichten des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes durch Einbindung des Nachunternehmers und die Bürgenhaftung verlängert praktisch seine „Mitverantwortlichkeit“. Die Einstandspflicht im eigenen Verantwortungsbereich kann mithin nicht durch Delegation auf Vertragspartner „umgangen werden“. Das überzeugt, betrifft aber eine komplett andere Sachlage. Denn das Kreditinstitut wird mit der Pflicht zur Steuerbescheinigung vom Staat gesetzlich in den Dienst genommen, hat aber keine natürliche eigene Verantwortung für die Steuerdeklaration und -zahlung, die grundsätzlich dem Steuerpflichtigen obliegt. Die Bank trifft per se keine Verantwortung für das Handeln ihrer Kunden²⁸⁹ und anderer in die Kapitalanlage involvierter Dritter. Der Verantwortungsbereich für die Steuerbescheinigung wird erst durch das Gesetz als fremdnützige Pflicht kreiert. Allein der Hinweis auf diesen gesetzlich geschaffenen Verantwortungsbereich rechtfertigt keine verschuldensunabhängige Haftung, die ansonsten eine allgemeine Haftungsregel bei der Indienstnahme sein müsste. Das geltende Steuerrecht weist aber eine Haftungsheterogenität auf (s. bereits V. 1.). Die Sachnähe und -verantwortung der Banken erschöpft sich in ihrer rechtlichen Bedeutung auf die Rechtfertigung der Heranziehung zu der Handlungspflicht²⁹⁰, besagt aber nichts zu dem anzulegenden Haftungsmaßstab.

Zum kraftvollen Satz der Regierungsbegründung „Je stärker die Umgehungs- und Manipulationsgeneigtheit, desto stärker ist auch die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers.“ ließe sich viel sagen. Er wird abgeleitet aus der jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 7 Satz 2 GewStG²⁹¹, dessen Auftrag zur Missbrauchsabwehr im Steuerrecht bereits überschießend und kritikwürdig ist²⁹². Darauf kommt es indes nicht an. Denn die Regierungsbegründung reißt die verfassungsgerichtliche Aussage, „Art. 3 Abs. 1 GG verlangt keine derart feinen Unterscheidungen“²⁹³ aus dem Kontext. Sie argumentiert mit einer Steuerregelung, bei der der Gesetzgeber weitgehende Gestaltungsfreiheit genießt. Das gilt nicht gleichermaßen für Steuerverfahrenspflichten und gerade für Haftungsregelungen, die einen

²⁸⁹ Dagegen bereits Hey, FR 1998, 497 (507).

²⁹⁰ So bereits Hey, FR 1998, 497 (507).

²⁹¹ BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217.

²⁹² Drüen, Ein neuer Missbrauchs begriff im deutschen Internationalen Steuerrecht?, in Lüdicke/Frotscher/Hummel (Hrsg.), Steuerliche Entwicklungen im Kontext der Globalisierung, 2019, S. 121 (139 ff.).

²⁹³ BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 217 – Rz. 130.

persönlichen Haftungsgrund voraussetzen. Selbst wenn Art. 3 Abs. 1 GG keine tatbestandliche Unterscheidung im Umgehungs- und Nichtumgehungsfall des Steuerpflichtigen selbst verlangen sollte, besagt dies nichts über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Drittlasten, die nicht den Pflichtenträger selbst, sondern einen Dritten belasten.

Das anzuerkennende Ziel der Verhinderung von Betrug zum Nachteil des Staates rechtfertigt nicht die Bank ohne Exkulpationsmöglichkeit zu einem „Fiskalgaranten“²⁹⁴ zu erklären²⁹⁵. *Johanna Hey* hat bereits zutreffend ausgeführt²⁹⁶:

„Die verschuldensunabhängige Haftung überschreitet das für die Sicherung des Steueranspruchs erforderliche und dem unbeteiligten Dritten zumutbare Maß. Zwar mag die voraussetzungslose Haftung den Abzugspflichtigen zu besonderer Sorgfalt anhalten. Der Bogen ist jedoch überspannt. Eine Garantiehafung für fremde Schuld im Dienste des Fiskus stellt nicht erfüllbare Nachforschungspflichten an den unbeteiligten Dritten, höhere als an die Beamten selbst. Sorgfalt bei der Entrichtung ließe sich bereits durch eine Verschuldenshaftung erreichen.“

Das gilt im besonderen Maße, wenn dem Indienstgenommenen eine Garantiehafung für fremdes Handeln auferlegt werden soll, das er nicht zu verantworten hat. Wenn die Richtigkeit und Vollständigkeit der fremden Angaben nicht hinreichend überprüft werden muss und kann (s. bereits IV. 2.), kann auf der Sekundärebene auch nicht dafür gehaftet werden müssen. Unverhältnismäßig ist eine Garantiehafung jedenfalls, wenn der Grund der Haftung nicht in der von dem Haftenden beherrschbaren Sphäre liegt. Die aufgezeigte Sphärenverantwortung im Dreiecksverhältnis der Indienstnahme (s. bereits IV. 3.) begrenzt die Haftung verhältnismäßig nur auf die eigene Informations- und Verantwortungssphäre. Eine verschuldensunabhängige Haftung für Fremdverhalten ohne eigene Ingerenz erscheint als unverhältnismäßig im engeren Sinne²⁹⁷.

Wenn nach der Änderung des § 45a Abs. 6 EStG der Aussteller künftig die Tatsache der Berichtigung nebst Berichtigungsdaten per Datensatz elektronisch an die Finanzverwaltung zu melden hat, so fehlt es ab 2023 bereits an der Erforderlichkeit der Haftung. Denn die Finanzverwaltung kann mithilfe der verfügbaren Informationen über eine falsche Steuerbescheinigung mögliche Maßnahmen zur Verhinderung einer Erstattung oder Anrechnung auf Basis der falschen Steuerbescheinigung ergreifen und einen dadurch

²⁹⁴ So in negativer Absicht *Merkert*, *Der Arbeitgeber – Fiskalgehilfe oder Fiskalgarant?*, FR 1982, 109.

²⁹⁵ Ähnlich *Schurowski*, FR 2021, 204 (218 f.).

²⁹⁶ *Hey*, in *Festschrift Kruse*, 2001, S. 269 (286 f.).

²⁹⁷ Ebenso *Altvater*, *DStR* 2021, 261 (266); im Ergebnis auch *Schurowski*, FR 2021, 204 (219 f.).

eingetretenen Steuerschaden verhindern²⁹⁸. Die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit mag höhere Bußgelder rechtfertigen²⁹⁹, aber keine Garantiehftung.

b) Gleichheitsverstoß im Vergleich zu anderen steuerrechtlichen Haftungsregelungen

Die geplante Haftungsregelung ist zudem im Binnenbereich des steuerrechtlichen Haftungsrechts gleichheitswidrig. So setzt die Ausstellerhaftung für die entgangene Steuer bei unrichtigen Spendenbestätigungen nach § 10b Abs. 4 Satz 2 EStG und § 9 Abs. 3 Satz 2 KStG Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit voraus³⁰⁰. Auch die allgemeine Haftung Dritter bei Datenübermittlungen an Finanzbehörden (§ 93c AO) setzt nach § 72a Abs. 4 AO eine vorsätzliche oder grob fahrlässige unrichtige oder unvollständige Übermittlung voraus³⁰¹. Dabei wird das Verschulden nicht vermutet, sondern muss als haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal in jedem Einzelfall von der Finanzbehörde nachgewiesen werden³⁰². Die Rentenbezugsmitteilung nach § 22a EStG verzichtet sogar auf eine Haftungsregelung³⁰³ und sieht als Sanktion bei nicht fristgerechter Meldung nach § 22a Abs. 5 EStG nur ein Verspätungsgeld vor³⁰⁴. Dabei rechtfertigt die fristgerechte, aber inhaltlich fehlerhafte Übermittlung von Rentenbezugsmitteilungen nach der Rechtsprechung nicht die Festsetzung eines Verspätungsgeldes, sofern die Mitteilungen für die Finanzverwaltung zum Zwecke der Besteuerung der Alterseinkünfte verarbeitungsfähig sind³⁰⁵.

Eine branchenspezifische Sonderbelastung bedarf immer besonderer verfassungsrechtlicher Rechtfertigung³⁰⁶. Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verlangt Gründe für das Sonderrecht der Haftung für elektronisch zu übermittelnde Steuerbescheinigungen bei der Kapitalertragsteuer. Die von der Regierungsbegründung angeführten „Motivation“ durch Haftung³⁰⁷ tragen die Unterscheidung nicht. Denn mit dieser Begründung sind die „milderen“ Haftungsregelungen de lege lata nicht erklärbar. Warum bedarf der Aussteller der Kapitalertragsteuerbescheinigung einer schärferen „Haftungsmotivation“ als der Aussteller

²⁹⁸ Zutreffend *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (636).

²⁹⁹ In diese Richtung *Schurowski*, FR 2021, 204 (219 f.).

³⁰⁰ Zum notwendigen Verschulden des Ausstellenden bei der Spendenhaftung näher *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018, Rz. 8.127.

³⁰¹ Zuletzt näher *Bruschke*, Die Haftung Dritter bei Datenübermittlungen an Finanzbehörden (§ 72a AO), BB 2021, 544 (546).

³⁰² *Loose*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 72a AO Rz. 12 (Aug. 2018).

³⁰³ § 22 Abs. 1 Satz 2 EStG schließt die Haftung nach § 72a Abs. 4 AO ausdrücklich aus (*Loose*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 72a AO Rz. 10 [Aug. 2018]).

³⁰⁴ Dazu *Weber-Grellet*, in *Schmidt*, EStG, 40. Aufl. 2021, § 22a Rz. 5.

³⁰⁵ Zuletzt BFH, Urteil v. 6.5.2020 – X R 8/19, BFHE 269, 54 m.w.N.; ebenso *Weber-Grellet*, in *Schmidt*, EStG, 40. Aufl. 2021, § 22a Rz. 5.

³⁰⁶ *Drüen*, DStR-Beih. 2012, 85* (95*).

³⁰⁷ RegE, S. 47.

einer Spendenbescheinigung? Eine kollektive „Branchenbestrafung“³⁰⁸ ist sicherlich kein Rechtfertigungsgrund für ein verschärftes Haftungsregime als Individualsanktion. Der drohende Steuerschaden, den die Regierungsbegründung in *cum-ex*-Verdachtsfällen auf ein Volumen von 5,3 Mrd. Euro beziffert³⁰⁹, erscheint zwar gewaltig, aber bei einem jährlichen Spendenaufkommen von 9,11 Mrd. Euro fallen (abzüglich Spendenvorträge 3,76 Mrd. Euro) rund 5,01 Mrd. Euro abzugsfähige Zuwendungen an³¹⁰, was zu einem rechnerischen Haftungsvolumen (30 % nach § 10b Abs. 4 Satz 3 EStG und § 9 Abs. 3 Satz 2 KStG) von 1,5 Mrd. Euro per anno führt. Allein die Dimension erklärt keinen abweichenden Haftungsmaßstab. Überhaupt erscheint es fragwürdig, ob die Gesamthöhe potentieller Schäden ein sachgerechtes Argument für die individuelle Sanktion der Haftung ist. Das Argument der Pressemitteilung des Bundesministeriums der Finanzen einer Qualitätssteigerung³¹¹ lässt sich ebenso gut für alle anderen Bescheinigungen beim Steuervollzug anführen, ohne dass überall eine Gefährdungshaftung vorgesehen ist.

c) Folgewidrige Haftungsregelung bei der Indienstnahme für den Kapitalertragsteuervollzug

Die Forderung nach legislativer Folgerichtigkeit³¹² hat – trotz mancher Kritik – im Steuerrecht besondere Bedeutung³¹³. Dabei ist das Folgerichtigkeitsgebot allein ein sekundäres Gebot, das den Gesetzgeber nur relativ an seine eigene Entscheidung bindet³¹⁴. Das Folgerichtigkeitsgebot macht die Erwägungen des Gesetzgebers damit stärker überprüfbar³¹⁵. Fehlende Folgerichtigkeit ist zumindest ein Indiz für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung³¹⁶. Fehlende Haftungsfolgerichtigkeit ist aber unmittelbare Folge der geplanten Streichung von § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG im aktuellen Regierungsentwurf. Bislang hat sowohl die Bundesregierung³¹⁷ als auch das Fachressort³¹⁸ Kreditinstitute als „Organe der Steuererhebung“

³⁰⁸ Dagegen in anderem Kontext *Haarmann*, Steuerliches Abzugsverbot der Bankenabgabe und von Aufsichtsratsanteilen, JbFStR 2016/2017, S. 300 (310).

³⁰⁹ RegE, S. 46.

³¹⁰ Zahlen der Zuwendungen aus der letzten Lohn- und Einkommensteuerstatistik (2015), zitiert bei *Gerber/Kann*, Wer spendet wie viel?, Statistisches Bundesamt, WISTA 2019, S. 73 (75).

³¹¹ Pressemitteilung BMF Nr. 2 v. 20.1.2021, BB 2021, 214: „Die Haftung der Aussteller von Kapitalertragsteuer-Bescheinigungen in § 45a Abs. 7 EStG wird verschärft. Hierdurch wird die Qualität der erhobenen Daten wesentlich verbessert und die Verlässlichkeit der Datenerhebungsverfahren gesteigert“.

³¹² Zum „Prinzip der Folgerichtigkeit“ *P. Kirchhof*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rz. 404 ff. (Sept. 2015).

³¹³ *Hey*, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.118 ff. m.w.N.

³¹⁴ *Driën*, Systembildung und Systembindung im Steuerrecht, in Festschrift Spindler, 2011, S. 29 (43).

³¹⁵ *Schmehl*, Steuersystematik, Steuerausnahmen und Steuerreform, in Festschrift Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 457 (471).

³¹⁶ *Eichberger*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, DStJG 39 (2016), S. 97 (114).

³¹⁷ BT-Drucks. 18/4902, 44 m.w.N.

³¹⁸ BMF v. 18.1.2016, BStBl. I 2016, 85 – Rz. 151a.

begriffen³¹⁹. Damit wird die durchaus fragwürdige Bindung der Banken an Verwaltungsanweisungen der Finanzverwaltung beim Kapitalertragsteuerabzug nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG begründet³²⁰. Sie werden insoweit den weisungsgebundenen Amtsträgern der Finanzverwaltung gleichgestellt. Amtshaftung ist aber Verschuldenshaftung³²¹. Im Steuerrecht greift für Amtsträger zudem das Haftungsprivileg des § 32 AO. Gerade bei der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug wird beständig auf die Unwucht hingewiesen, dass Amtsträger nur nach Maßgabe des § 32 AO haften³²². Obwohl Kreditinstitute „Organe der Steuererhebung“ sein sollen, „haften sie viel strenger als diese und müssen, obwohl die übrigen Organe der Steuererhebung vom Staat finanziert werden, kostenlos für diesen arbeiten und die Voraussetzungen dafür mit großem technischem Aufwand selbst schaffen und finanzieren“³²³. Falls Private beim Steuervollzug nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nunmehr wie die Finanzbehörde außerhalb des eigenen Wissenskreises ermitteln sollen (dazu IV. 2.), dann müsste für sie folgerichtig § 32 AO gelten. Das wird z.T. schon de lege lata gefordert³²⁴. Auch im Vergleich zu Amtsträgern der Finanzverwaltung überzeugt es nicht, Aussteller von Bescheinigungen bei „aufgedrängten hoheitlichen Aufgaben“ hierfür ohne Exkulpationsmöglichkeiten haften zu lassen³²⁵. Denn die Haftungsdivergenz ist nicht nur ein Zeichen der „Arroganz der Macht gegenüber dem Staatsbürger“³²⁶, sondern zugleich ein Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot.

d) Untauglicher Verweis auf Regressmöglichkeiten des Indienstgenommenen

Die Regierungsbegründung versucht die geplante Haftungsregelung mit der Begründung als angemessen erscheinen zu lassen, dass den Ausstellern ein Regress offensteht³²⁷:

„Überdies steht dem Aussteller auch hier regelmäßig die Möglichkeit der Vereinbarung eines Rückgriffes über einen vertraglich vereinbarten Regress gegenüber einem Vertragspartner zu, der fehlerhafte Angaben für die Ausstellung einer Steuerbescheinigung geliefert hat“.

³¹⁹ Näher gegen die traditionsreiche Qualifikation des Indienstgenommenen als „Hilfsorgan der Finanzverwaltung“ *Driien*, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 330 ff.

³²⁰ Kritisch zu dieser Regelung *Gersch*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 45a Rz. A 54 (Juli 2018); *Hasselmann*, in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 44 EStG Rz. 33 (Okt. 2020); eingehend *Tappe*, in Schön/Sternberg, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, Bd. III, 2018, S. 77.

³²¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 26 Rz. 24.

³²² *Schick*, Steuerschuld und Steuerhaftung im Lohnsteuerverfahren, BB 1983, 1041 (1046); *Kruse*, DStJG 9 (1986), 1 (7); *ders.*, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 169 (171); *Kloubert*, Rechtliche Stellung des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug, 1988, S. 87 ff.; *Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), 157 (177).

³²³ So schon die Kritik von *Gersch*, in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 45a Rz. A 54 (Juli 2018).

³²⁴ Dafür *Winter*, Der Arbeitgeber im Lohnsteuerrecht, 1998, S. 137 f., 192, 200.

³²⁵ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (54).

³²⁶ So *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Bd. I, 1991, S. 161.

³²⁷ RegE, S. 47.

Ob dieser Verweis auf zivilrechtliche Regressansprüche gegen den Schuldner der Kapitalerträge zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Indienstnahme des Entrichtungspflichtigen ausreicht, wird – zu Recht – bezweifelt³²⁸. Zunächst bestätigt das Argument, der Betroffene könne sich trotz der Zahlungspflicht an den Staat bei dem Verursacher schadlos halten, implizit die Richtigkeit der bisherigen Sphärenverantwortung. Denn auch die Regierungsbegründung sieht den „Vertragspartner [...], der fehlerhafte Angaben für die Ausstellung einer Steuerbescheinigung geliefert hat“, als den rechtlich Verantwortlichen an. Gleichwohl soll sich der Staat selbst bei der Bank schadlos halten können. Dabei erscheint die Regressmöglichkeit bereits bei anderen Steuerentrichtungspflichtigen vielfach als nur hypothetisch und kaum rechtspraktisch³²⁹. Dasselbe gilt auch für die Kapitalertragsteuer. Aus Bankensicht bestehen in vielen Fällen keine Regressmöglichkeiten des Ausstellers der falschen Steuerbescheinigung, weil keine rechtlichen Beziehungen mit potentiellen Anspruchsgegnern existieren³³⁰. Insbesondere bei Verwahrketten dürfte zwischen der auszahlenden Stelle und den anderen Beteiligten in der Verwahrkette kein Vertragsverhältnis bestehen³³¹. Es ist also – anders als im Lohnsteuerrecht – nicht allein der Fürsorgegedanke, der den Berechtigten vom Regress absehen lässt³³² – sondern, es bestehen z.T. *rechtliche* Regreshürden. Diese darf der Gesetzgeber nicht einfach negieren. Denn verfassungsrechtlich ist die Belastung einer Privatperson mit der Steuerentrichtung nur gerechtfertigt, wenn im Dreiecksverhältnis ein Ausgleich funktioniert, wonach im Ergebnis der Steuerschuldner belastet wird³³³. Das gilt gleichermaßen für den Ausgleich zwischen dem Aussteller der Spendenbescheinigung und dem fehlerverursachenden „Zulieferer“. Ist ein Regress aber nicht rechtssicher möglich, mindert die bloße Hoffnung auf ihn nicht die Haftungslast. Darum fällt durch den Verweis auf Regressmöglichkeiten das negative Angemessenheitsurteil (s. bereits V. 2. a)) nicht anders aus.

e) Folgebewertung einer exkulpationslosen Haftung

Schließlich ist im Wege der Folgenabschätzung zu bedenken, dass eine Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit im Widerspruch zu allen Anstrengungen steht, die Tax Compliance-Kultur beim Steuervollzug zu stärken. Fehler sind menschlich und nicht völlig zu vermeiden. Gerade bei der Kapitalertragsteuer erscheinen Korrekturprozesse unvermeidlich³³⁴. Jüngere

³²⁸ Farinato, jM 2021, 114 (122).

³²⁹ So zum Regress bei der Lohnsteuer Kruse, in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 169 (171).

³³⁰ So Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (636).

³³¹ Schurowski, FR 2021, 204 (217 ff.).

³³² Zum Lohnsteuerabzug bereits Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, 2012, S. 341 f. m.w.N.

³³³ Drüen, DStR-Beih. 2012, 85* (95*).

³³⁴ Näher Hoffmann/Watzlaw, DStR 2021, 633 (636).

Ansätze des Steuervollzugs bauen auf die Eigenkontrolle der Unternehmen und ihre Anstrengungen zur Gewähr von Rechts- und Regeltreue³³⁵. Dieser Ansatz setzt auf Anreize, erkannte Fehler zu beseitigen, daraus zu lernen und künftige zu vermeiden³³⁶. Ohne eine solche „Fehlerkultur“ besteht die Gefahr, dass Fehler „unter den Teppich“ gekehrt werden, in der Hoffnung sie fallen nicht auf. Wenn das Gesetz aber künftig dem indienstgenommenen Privaten eine sanktionslose Fehlerkorrektur abschneidet, obwohl das Verfahrensrecht im Massenfallrecht gegenüber behördlichen Fehlern beim Erlass von Verwaltungsakten eine weitgehende Fehlertoleranz übt³³⁷, so sind nicht nur verfassungsrechtliche Angriffspunkte erkennbar, sondern es wird auch die Akzeptanz des Rechts gefährdet. Diese ist aber beim Steuervollzug, gerade bei der Indienstnahme unverzichtbar und sollte nicht aufs Spiel gesetzt werden. Ein Akzeptanzverlust droht aber, wie die geballte (und auch fundierte) Kritik an der geplanten Haftungsverschärfung³³⁸ belegt. Der Gesetzgeber sollte sie darum nicht nur aus den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Gründen fallenlassen.

3. Gespaltenes Haftungsregime bei Inlands- und Auslandsfällen?

Rechtspolitisch wird überlegt, bei der Ausgestaltung der Haftung nach inländischen und ausländischen Sachverhalten zu differenzieren. Da die Finanzverwaltung im Inlandsfall den Sachverhalt selbst ermitteln kann, wird insoweit „das scharfe Schwert“ der Haftung nicht benötigt und die Haftung der Banken ohne Exkulpationsmöglichkeit wird als übermäßig erachtet. Im Auslandsfall könne die Finanzverwaltung aber die entsprechenden Informationen nicht anderweitig erlangen, weshalb insoweit die Haftung der Banken für ausgefallene Steuern ohne Exkulpationsmöglichkeit gerechtfertigt sei.

Diese erwogene Differenzierung ist am europäischen Unionrecht zu messen. Vorgaben für das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht und die Ermittlungsbefugnisse der Finanzbehörden³³⁹ folgen aus den Grundfreiheiten, den europäischen Diskriminierungsverboten und Grundrechten sowie aus dem Prinzip der Gemeinschaftstreue³⁴⁰. Zwar gilt auf der Vollzugsebene der

³³⁵ Zur sog. Tax Compliance-Strategie näher *Seer*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 85 AO Rz. 28 ff. (Jan. 2017) m.w.N.

³³⁶ Zur Bedeutung von Tax Compliance Management Systemen im Rahmen der Berichtigungspflicht des § 153 AO näher *Seer*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 153 AO Rz. 30 ff. (Okt. 2016) m.w.N.

³³⁷ Zur fehlerunabhängigen Wirksamkeit von Verwaltungsakten vgl. § 124 Abs. 1, 3 AO, zur Fehlerberichtigung bzw. -korrektur vgl. § 129, §§ 164 f. und §§ 172 ff. AO.

³³⁸ *Beckert/Schober*, RdF 2021, 49 (53 f.); *Hoffmann/Watzlaw*, DStR 2021, 633 (635 f.); *Schurovski*, FR 2021, 204 (217 ff.).

³³⁹ Zu europarechtlichen Einflüssen auf den Untersuchungsgrundsatz *Seer*, in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 90 AO Rz. 37 (Okt. 2017) m.w.N.

³⁴⁰ *Crezelius*, Steuerrechtliche Verfahrensfragen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, IStR 2002, 433 (438); *Englisch*, Europarechtliche Einflüsse auf den Untersuchungsgrundsatz im Steuerverfahren, IStR 2009, 37.

Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten³⁴¹. Allerdings ist das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht durch das unionale Effektivitäts- und Äquivalenzgebot beschränkt³⁴². Die Einzelheiten des Verfahrens dürfen damit nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip) und die Ausübung der europäischen Rechte darf nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsprinzip)³⁴³. Zu den „Verfahrensmodalitäten“, die nicht ungünstiger sein dürfen³⁴⁴, gehört auch eine Haftung ohne Exkulpationsmöglichkeit. Darum ist der verschärfte Haftungsmaßstab nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Anwendungsbereich des AEUV am verfahrensrechtlichen Äquivalenzgebot zu messen, das eine besondere verfahrensrechtliche Ausprägung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung darstellt³⁴⁵. Gesteigerte Ermittlungsbefugnisse oder Mitwirkungspflichten bei der Verifikation grenzüberschreitender Sachverhalte können gleichwohl gerechtfertigt sein, weil der innerstaatliche und der grenzüberschreitende Sachverhalt hinsichtlich des Verifikationsbedarfs nicht vergleichbar sind³⁴⁶.

Zur Kontrolle ist die jeweilige nationale Finanzverwaltung verstärkt gegenüber rein nationalen Sachverhalten auf die Mitwirkung des Steuerpflichtigen angewiesen³⁴⁷, weil ihre Ermittlungsbefugnisse wegen der sog. formellen Territorialität³⁴⁸ auf das jeweilige Territorium beschränkt sind. Die Kompensation unzureichender Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörde im Ausland durch erweiterte Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen sind bereits im geltenden Recht in § 90 Abs. 2 und 3 AO vorgesehen. Die Pflicht zur Verrechnungspreisdokumentation (§ 90 Abs. 3 Satz 1 AO) nur bei ausländischen konzernverbundenen Unternehmen ist nach Auffassung des Bundesfinanzhofs mit dem Unionsrecht vereinbar³⁴⁹, weil ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 AEUV durch das Erfordernis einer wirksamen Steueraufsicht als zwingendem Grund des

³⁴¹ EuGH, Urteil v. 7.1.2004 – C-201/02, *Wells*, Slg 2004, I-723 – Rz. 67; *Englisch*, IStR 2009, 37 f.

³⁴² *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rz. 610 ff.

³⁴³ EuGH, Urteil v. 7.1.2004 – C-201/02, *Wells*, Slg 2004, I-723 – Rz. 67.

³⁴⁴ *Oellerich*, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 26.6.

³⁴⁵ *Oellerich*, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 26.6 m.w.N.

³⁴⁶ *Oellerich*, in Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 26.6 m.w.N.

³⁴⁷ Allgemein *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 19 (Okt. 2017); näher *Schaumburg/Schaumburg*, Grenzüberschreitende Sachaufklärung – Mitwirkungs- und Dokumentationspflichten, in Festschrift Streck, 2011, S. 369 (373 ff.).

³⁴⁸ Dazu Vogel/*Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Grundlagen, Rz. 16; *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 18 (Okt. 2017) jeweils m.w.N.

³⁴⁹ Ebenso zuvor *Schwenke*, Angemessenheitskontrolle bei Leistungsbeziehungen, DStJG 33 (2010), 273 (289 ff.); *Seer*, Steuerliche Mitwirkungs- und Dokumentationspflichten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, EWS 2013, 257 (264).

Allgemeininteresses gerechtfertigt ist³⁵⁰. Dasselbe gilt für die erweiterte Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten (§ 90 Abs. 2 AO), wobei die Finanzbehörde im Einzelfall auf das Instrument der internationalen Informationshilfe zurückgreifen kann und muss³⁵¹. Die erweiterten Mitwirkungspflichten verdrängen den Untersuchungsgrundsatz nicht³⁵². Die Letztverantwortung für die Sachverhaltsermittlung bleibt bei der Finanzverwaltung. Darum sind die Verifikationsmöglichkeiten der deutschen Finanzbehörden zwar bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erschwert, aber nicht ausgeschlossen.

Es erscheint bereits im Ansatz fragwürdig, ob eingeschränkte Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörde durch die Haftung *Dritter* kompensiert werden können. Aus dem staatlichen Sicherungsbedürfnis ist die Steigerung der Absicherung im Auslandsfall zwar nachvollziehbar. Allerdings belastet das gespaltene Haftungsregime nicht den Steuerpflichtigen selbst, sondern den Indienstgenommenen Dritten als Haftungsschuldner. Steueraufsicht und Steuerkontrolle können durchaus erhöhte Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen rechtfertigen. Die Haftung eines Dritten pauschal bei Auslandssachverhalten zu verschärfen, ist jedoch schwer zu rechtfertigen. Denn einerseits ist dieser nicht der Grund für die erschwerte Sachverhaltsermittlung oder einen möglichen Beweisnotstand, sondern das Mittel diese zu beseitigen oder abzumildern. Andererseits liegt es nahe, dass die bereits zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union³⁵³ zur steuerrechtlichen Verantwortlichkeit im Dreipersonenverhältnis auch in der Haftungsfrage herangezogen werden. Da die Nichtverantwortlichkeit des sorgfältigen Unternehmers gerade auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestützt wird, erscheint es naheliegend, dass die Rechtsprechung dem Haftungsschuldner im Auslandsfall die Exkulpation wie im Inlandsfall eröffnen wird. Der nur im Auslandsfall verschärfte Haftungsmaßstab erscheint darum rechtlich fragwürdig, aber auch praktisch kaum hilfreich.

³⁵⁰ BFH, Urteil v. 10.4.2013 – I R 45/11, BStBl. II 2013, 771 – Rz. 38 ff.; zustimmend *Heintzen*, in Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2019, § 90 AO Rz. 39 f.; EuGH, Urteil v. 15.5.1997 – C-250/95, *Futura/Singer*, FR 1997, 567 – Rz. 31; *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 Rz. 37 (Okt. 2017) m.w.N.; *Söhn*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 90 Rz. 147 (April 2020) m.w.N.

³⁵¹ Zur Unionsrechtskonformität mit diesem Vorbehalt *Seer*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 90 AO Rz. 37 (Okt. 2017) m.w.N.

³⁵² EuGH, Urteil v. 27.1.2009 – C 318/07, *Persche*, IStR 2009, 71 – Rz. 69 ff.; *Roser*, in Gosch, AO/FGO, § 90 AO Rz. 43 (Aug. 2017).

³⁵³ EuGH, Urteil v. 27.9.2007 – Rs. C-409/04, *Teleos*, DStRE 2008, 109; EuGH, Urteil v. 21.2.2008 – Rs. C-271/06, *Netto Supermarkt*, DStR 2008, 450.

4. Unzureichender Verweis auf das finanzbehördliche Haftungsermessen

Die Haftung nach § 45a Abs. 7 EStG wird durch Haftungsbescheid geltend gemacht³⁵⁴. Die Finanzverwaltung entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 5 AO), ob sie den Aussteller in Anspruch nimmt³⁵⁵. Beim Erlass eines Haftungsbescheids haben die Finanzbehörden (insbesondere) die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit der Mittel und des Übermaßverbotes zu beachten³⁵⁶. Allerdings ist nach zutreffender Ansicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits bei der Anwendung des Haftungstatbestandes zu wahren und fehlendes Verschulden ist nicht erst bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen³⁵⁷. Der Verweis auf eine Billigkeitskorrektur im Einzelfall beim Haftungsermessen ist darum unzureichend³⁵⁸. Spätestens ist aber dem Verhältnismäßigkeitsgebot konkret-individuell bei der Ausübung des Haftungsermessens Rechnung zu tragen. Dieses unterfällt der Begründungspflicht des § 121 AO. Insbesondere Ermessensentscheidungen sind im Einzelnen zu begründen, und zwar im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Ausübung des Ermessens überhaupt sowie auf die Ermessensausübung selbst³⁵⁹. Die Inanspruchnahme des Haftungsschuldners im konkreten Einzelfall muss begründet werden, wobei floskelhafte Formulierungen, Textbausteine oder Formularhaftungsbescheide für die Ermessensausübung nicht ausreichen³⁶⁰.

Selbst wenn sich der Gesetzgeber im weiteren Verfahren zum AbzStEntModG gegenüber der Kritik an einer verschuldensunabhängigen Haftung der Banken ohne Exkulpationsmöglichkeit verschließen sollte, wäre damit in der Rechtspraxis nicht viel gewonnen. Denn das Gebot der Wahrung der Verhältnismäßigkeit gilt auch für die Finanzbehörden und die Gerichte³⁶¹. Die Verteilung der Sphärenverantwortung im Indienstnahmedreieck ist aber gerade Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (s. bereits IV. 3.) und die Unzumutbarkeit der Haftung des Kreditinstituts für Ursachen, die nicht in seiner Sphäre liegen, würde sich rechtspraktisch spätestens auf der Ebene der Ermessensausübung wieder stellen. Wenn durch die geplante Streichung von § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 EStG nunmehr in den Fällen des fortgeltenden Satzes 2 die Haftung des Ausstellers der Bescheinigung neben die Haftung des Schuldners der

³⁵⁴ Farinato, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 140.

³⁵⁵ Jachmann-Michel, in Blümich, § 45a EStG Rz. 61 (Juli 2020); Farinato, Die Haftung für Kapitalertragsteuer, 2021, S. 140.

³⁵⁶ Drißen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 5 AO Rz. 60 f. (Okt. 2018) m.w.N.; ebenso Boeker, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 191 AO Rz. 31 (März 2012) unter Aufzählung weiterer Grundsätze; zur Eröffnung von Ermessensspielräumen zur Gewähr des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelfall auch Wernsmann, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 5 AO Rz. 37 (April 2018).

³⁵⁷ Stadie, Allgemeines Steuerrecht, 2003, Rz. 140.

³⁵⁸ Hey, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (287).

³⁵⁹ Güroff, in Gosch, AO/FGO, § 121 AO Rz. 6 (Aug. 2018).

³⁶⁰ Allgemein Drißen, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 5 AO Rz. 68 (Okt. 2018) m.w.N.

³⁶¹ Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rz. 187 m.w.N.

Kapitalerträge tritt³⁶², so muss die Finanzbehörde im Haftungsbescheid ihr Auswahlermessen begründen³⁶³. Das Auswahlermessen der Finanzbehörden ist durch das Finanzgericht (eingeschränkt) überprüfbar (§ 102 FGO). Regelmäßig erscheint bei fehlerhaften Angaben des Schuldners nur dessen Inanspruchnahme, nicht aber die des Ausstellers der Bescheinigung ermessensgerecht. Das indiziert auch der Verweis in der Regierungsbegründung auf den zivilrechtlichen Regress im Innenverhältnis³⁶⁴. Darum ist in diesen Fällen nicht ausgemacht, ob eine Haftungsinanspruchnahme der Aussteller in diesen Fällen tatsächlich rechtlichen Bestand haben wird. Aber auch in den Fällen des bisherigen § 45a Abs. 7 Satz 3 Nr. 2 EStG ist nicht sicher, ob nicht die Finanzgerichte eine Haftung des Ausstellers der Steuerbescheinigung unter Hinweis auf das Verhältnismäßigkeitsgebot und die Ausprägungen des Übermaßgebots und der Unzumutbarkeit ausschließen werden. Die erwogene Regelung erscheint darum wenig rechtssicher und wird Rechtstreitigkeiten provozieren, die zudem auf andere verschuldensunabhängige Haftungstatbestände im Steuerrecht zurückschlagen können³⁶⁵. Dessen sollte sich der Gesetzgeber bewusst sein.

C. Wesentliche Ergebnisse des Rechtsgutachtens

1. Die Pflichten der Kreditinstitute beim Vollzug der Kapitalertragsteuer sind eine Form der Indienstnahme Privater im öffentlichen Interesse, die einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Die bisherigen Pflichten sehen Rechtsprechung und Literatur überwiegend als verfassungsgemäß an, wenngleich Kritik am Umfang der Pflichten und ihrer unentgeltlichen Erfüllung ohne Kostenersatz geübt wird (s. I.).
2. Der Regierungsentwurf zum AbzStEntModG dehnt den Kreis der Informationspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalertragsteuer wesentlich aus und will die Haftung des Ausstellers bei unrichtigen Steuerbescheinigungen verschärfen (s. II.).
3. Die Erweiterung der Primärpflichten und die Verschärfung der Sekundärpflicht der Haftung sind verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Dabei steht die Steuerverwaltungshoheit des Staates (Art. 108 GG) zwar keiner Erweiterung der Pflichten des Indienstgenommenen beim Steuervollzug entgegen, macht aber Vorgaben für die Einbindung Privater bei der Ermittlung steuerungsrelevanter Sachverhalte (s. III. 1.).

³⁶² RegE, S. 47.

³⁶³ *Drüen*, in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 5 AO Rz. 68 (Okt. 2018) m.w.N

³⁶⁴ RegE, S. 47.

³⁶⁵ Abschließend nochmals der Hinweis auf die fundierte und berechtigte Kritik von *Hey*, in Festschrift Kruse, 2001, S. 269 (286 f.).

4. Die haftungsbewehrten Pflichten der Kreditinstitute beim Vollzug der Kapitalertragsteuer binden ihre persönlichen wie sachlichen Ressourcen und sind nur durch Umorganisation und Investitionen erfüllbar. Sie greifen sowohl in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) als auch in das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) ein (s. III. 2.). Zudem ist die Indienstnahme Privater als besondere und branchenspezifische Mitwirkungspflicht als Sonderlast am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen (s. III. 3.).
5. Sowohl die freiheitrechtlichen Eingriffe als auch der Gleichheitseingriff durch die Indienstnahme Privater für den Vollzug der Kapitalertragsteuer sind an dem Verhältnismäßigkeitsgebot zu messen. Sowohl die Erweiterung der Informationspflichten als auch die Verschärfung der Haftung für Steuerbescheinigungen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein, um ein legitimes Ziel des Gesetzgebers zu erreichen (s. III. 4.).
6. Die geplanten Informationspflichten stehen nicht im Einklang mit der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kuponsteuer als Ausgangsentscheidung zur Indienstnahme Privater, weil insbesondere eine über vorhandene Unterlagen hinausgehende Ermittlungs- und Prüfungspflicht der Kreditinstitute begründet werden soll (s. IV. 1.).
7. Kreditinstitute handeln beim Kapitalertragsteuervollzug weder als Verwaltungshelfer noch als Beliehene. Bei der Entrichtungspflicht der Kapitalertragsteuer handelt es sich um eine gesetzliche Indienstnahme ohne hoheitliche Befugnisse. Einem gesetzlich verpflichteten „Privatermittler“ dürfen wegen der Letztverantwortung der Finanzbehörde im Rahmen ihrer Amtsermittlung (§ 88 AO) nicht ohne entsprechende Befugnisse und gesetzliche Eingrenzungen und ohne die finanzbehördliche Anweisung und Kontrolle Ermittlungshilfsdienste auferlegt werden. Stehen dem Steuerentrichtungspflichtigen nur zivilrechtliche Informationsrechte und Aufklärungsmöglichkeiten zu, so reduzieren sich die vom ihm im Rahmen der gesetzlichen Indienstnahme als Privater erfüllbaren Melde- und Bescheinigungspflichten (s. IV. 2.).
8. Im gesetzlich begründeten Indienstnahmedreieck zwischen dem Indienstgenommenen, dem Privaten und dem Staat ist nach Verantwortungssphären zu differenzieren (s. IV. 3.). Die Verantwortungsteilung bildet das geltende Recht sachgerecht in der Haftungsnorm des § 45a Abs. 7 Sätze 2-3 EStG ab: Liegt die Ursache in der Sphäre des Schuldners der Kapitalerträge, so haftet er *statt* des Kreditinstituts nach § 45a Abs. 7 Satz 2 EStG. Die Preisgabe dieser sachgerechten Verantwortungsteilung unter den Beteiligten durch die geplante Streichung von § 45a Abs. 7 Satz 3 EStG ist nicht nur auf der Sekundärebene der Haftung, sondern

bereits auf der Primärebene der Anzeige- und Meldepflichten nach § 45b EStG-E fragwürdig.

9. Bei der Erweiterung der Informationspflichten im Rahmen der Steuerbescheinigung muss der Gesetzgeber insbesondere aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fragen, was an gewünschten Angaben leistbar und den Kreditinstituten als Indienstgenommenen zumutbar ist (s. IV. 4.). Die rechtfertigungsbedürftige Indienstnahme ist auf den Indienstnahmezweck und die erforderliche Sach- und Verantwortungsnähe des Dritten begrenzt. Darum sind Informationspflichten auf den Kreis der in der eigenen Sphäre verfügbaren Informationen zu begrenzen. Allein Marktkontakte erweitern den Informationszugriff des Dritten ohne hoheitliche Ermittlungsbefugnisse nicht auf die Informationssphäre seiner Vertragspartner.
10. Aus dem geplanten Katalog der Melde- und Bescheinigungspflichten für Kreditinstitute nach § 45b Abs. 2 EStG-E sind nur bestimmte Angaben ohne Weiteres erfüllbar. Den depotführenden Stellen liegen regelmäßig keine Informationen zu bestehenden Wertpapierleihe- oder Wertpapierpensionsgeschäften vor, die § 45b Abs. 2 Nr. 5 EStG-E aber fordert. Die Kreditinstitute haben ohne Mitwirkung der (ausländischen) Institute keine Kenntnis von den in die Verwahrkette nacheinander eingebundenen in- oder ausländischen Zwischenverwahrstellen der Wertpapiere bzw. Depotbank, die nach § 45b Abs. 2 Nr. 8 EStG-E zu melden sind. Fremddaten von anderen Beteiligten kann der indienstgenommene Private ohne gesetzlichen Ermittlungs- und Prüfungsauftrag nur ungeprüft weitergeben. Im Falle von nicht in der eigenen Sphäre verfügbaren Informationen ist eine Negativmeldung ausreichend und pflichtenerfüllend.
11. Der Gesetzgeber sollte – wie vom Bundesrat zutreffend angemahnt – die Zweckgerichtetheit und Praxistauglichkeit einzelner Melde- und Bescheinigungspflichten überdenken. Insgesamt muss zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der erstrebte Informationsmehrwert für den Staat aus der Meldepflicht ins rechte Verhältnis zum Mehraufwand der Betroffenen gesetzt werden (s. IV. 4.).
12. Die Garantiehafung der Aussteller von Steuerbescheinigungen für Kapitalertragsteuer ohne Exkulpationsmöglichkeit ist unverhältnismäßig und gleichheitswidrig. Die bisher sachgerechte Sphärenverantwortlichkeit wird ohne hinreichende Rechtfertigung aufgegeben. Der Verweis auf vage Regressmöglichkeiten macht die Haftungslast nicht angemessen (V.).
13. Als Gesamtergebnis bleibt festzuhalten, dass ernste verfassungsrechtliche Zweifel an dem Reformvorhaben bestehen. Der Reformgesetzgeber bewegt sich mit § 45b Abs. 2 und § 45a

Abs. 7 EStG-E nicht mehr auf einem durch das Bundesverfassungsgericht gesichertem Grund. Darin liegt ein Wagnis auch für andere unentgeltlichen Indienstnahmen für den Steuervollzug, das gut bedacht sein will.

München, im April 2021

gez. Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen